Die Haftung des Familienhauptes nach schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 333 unter Berücksichtigung des deutschen Rechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der
Universität Leipzig, eingereicht von

Max Labhart
Romanshorn.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Buchdruckerei Joh. Fehlmann, Zofingen :: 1916

Meinen lieben Eltern!

Inhalts-Uebersicht.

I.

Geschichtlicher Ueberblick.

Seite

§ 1. Das römische Recht 2
§ 2. Das germanische Recht 6
§ 3. Das gemeine Recht 9
§ 4. Das französische Recht 11

II.

Die Haftung des Familienhauptes nach schweizer. Recht.

§ 5. Das zürcherische Privatrecht 17
§ 6. Das schweizerische Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 . . 19
§ 7. Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907:
I. Stellung des Art. 333 im ZGB. 25
II. Der Aufsichtspflichtige als Haftungsperson 26
III. Der Aufsichtsbedürftige als Schädiger 31
IV. Begriff und Maß der Aufsichtspflicht 36
V. Voraussetzungen der Haftpflicht 49
VI. Der Geschädigte als Ersatzberechtigter 58
VII. Wesen der Haftung 60
A) Begründung der Haftung 61
B) Rechtliche Natur der Haftung 65
C) Konsequenzen der objektiven Haftung 73

Schlußwort.

Art. 333 des schweizerischen ZGB. verglichen mit § 832 des deutschen BGB.

Literaturverzeichnis.

I. Systematische Darstellungen.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht, Bd. II (1854): zit. Bluntschli.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I (2. Aufl. 1906) u. II (1892): zit. Brunner.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II (1902 Tübingen und Leipzig): zit. Crome BGB.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen (Leipzig 1911): zit. Czyhlarz.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II, 2. Abtlg. (Halle 1915): zit. Dernburg.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2. Abtlg. (Marburg 1912): zit. Enneccerus.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden (Berlin 1902): zit. Feder.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung (Berlin 1887): zit. Gierke.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts (Berlin 1908): zit. Girard.

Goldmann u. Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I (Berlin 1903): zit. Goldmann-Lilienthal.

Gröner, Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten und die daraus entstehenden Regressverhältnisse (Aarau 1912): zit. Gröner.

Haberstich, Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (Zürich 1884): zit. Haberstich.

Hasse, Die culpa des römischen Rechts (Bonn 1838): zit. Hasse.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht (Leipzig 1910): zit. Hellwig.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I (1885) u. II (1886): zit. Heusler.

Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements, Bd. I (Bern 1914): zit. Huber, Erl.

Huber, System und Geschichte des schweizer. Privatrechts, Bd. IV (Basel 1893): zit. Huber.

Jung, Delikt und Schadensverursachung (Heidelberg 1897): zit. Jung.

Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts (Göttingen 1835): zit. Kraut.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs (Berlin 1898): zit. Liszt.

Laurent, Principes de droit civil, tome XX (Paris 1876): zit. Laurent.

Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie (Leipzig 1888): zit. Mataja.

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, tome II (Paris 1909): zit. Planiol.

Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations (Paris-Lausanne 1892): zit. Rossel-C. O.

Rossel et Mentha, Manuel du droit civil suisse, tomes I (Lausanne 1908) & III (Lausanne 1912): zit. Rossel et Mentha.

Rümelin M., Die Gründe der Schadenszurechnung (Freiburg i. B. 1896): zit. M. Rümelin.

Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte (Leipzig 1907): zit. Schröder.

Sell, Aus dem Noxalrechte der Römer (Bonn 1879): zit. Sell.

Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio (Leipzig 1907): zit. Siber.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, II. Teil (Leipzig 1847): zit. Sintenis.

Sohm, Institutionen (Leipzig 1911): zit. Sohm.

Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. III (Berlin 1898): zit. Stobbe.

Toullier, Droit civil français, tome XI (Paris 1830): zit. Toullier.

Tuor, Das neue Recht (Zürich 1912): zit. Tuor.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr (Jena 1893): zit. Unger.

Wächtig, Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (Leipzig 1875): zit. Wächtig.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II (1906): zit. Windscheid.

Wyler, Beiträge zu einem Grundriss des vergleichenden Irrenrechtes (Halle a. S. 1906): zit. Wyler.

von Wyss, Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht (Zürich 1867): zit. Wyss.

Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, Bd. II (Freiburg 1894): zit. Crome.

Zimmern, Das System der römischen Noxalklagen (Heidelberg 1818): zit. Zimmern.

II. Abhandlungen in Zeitschriften.

Bieder, Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (Zeitschr. f. schweizer. Recht, Bd. V (n. F.), S. 327 ff.): zit. Bieder.
Burckhardt, Die Revision des schweizer. OR (Zeitschr. f. schweizer. Recht, Bd. 22 (n. F.), S. 469 ff.): zit. Burckhardt.
Guhl Theo, Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung nach schweizer. OR (Abhandlung z. schweizer. Recht, Heft 1): zit. Th. Guhl.
Jsay, Verantwortlichkeit des Eigentümers für seine Tiere (Jherings Jahrb., Bd. 39, S. 209 ff.): zit. Jsay.
Kuhn, Die Beweislast insbesondere im schweizer. ZGB (Abhandlg. z. schweizer. Recht, Bd. II, Heft 47): zit. Kuhn.
Meier, Zur Interpretation von Art. 65 a. OR (Zeitschr. d. Bernischen Juristenvereins, Bd. 46, S. 225 ff. und 289 ff.): zit. Meier.
Mitteis, Schadenshaftung ohne Verschulden (Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis, Bd. 15, S. 273 ff.): zit. Mitteis.
Nöldecke, Ausserkontraktliche Haftung (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts [Cruchot], Jahrg. 1897, S. 766): zit. Nöldecke.
Oertmann, Das Recht des Schadensersatzes im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch (Allgem. österreich. Gerichtszeitung, Jahrg. 1898, S. 81 ff. u. 89 ff.): zit. Oertmann.
Oetker, Kriminelle und zivile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen (Rostocker-Jurist. Festgabe für Jhering, 1892): zit. Oetker.
Pfenninger, Uebung und Ortsgebrauch im schweizer. ZGB (Zürcher. Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 37): zit. Pfenninger.
Riedel, Aufsichts- und Erziehungspflicht (Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. 1905, S. 693 f.): zit. Riedel.
Rümelin G., Culpahaftung und Causalhaftung (Archiv f. d. zivilistische Praxis, Bd. 88, S. 285 ff.): zit. G. Rümelin.
Schultze, Psychiatrische Bemerkungen zum BGB (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 17, S. 99 ff.): zit. Schultze.
Trüssel, Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhauptes (Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins, Bd. 45, S. 113 ff. und 177 ff.): zit. Trüssel.

III. Dissertationen.

Ernst, Die Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich“ in Art. 50 des schweiz. OR (Diss. Leipzig 1910): zit. Ernst.
Faulmann, Konkurrenz der Schadenersatzansprüche (Diss. Rostock 1911): zit. Faulmann.

Frey, Zivilrechtliche Haftung des Leiters einer privaten Lehr- oder Heilanstalt (Diss. Zürich 1911): zit. Frey.
Gysler, Haftung für fremde culpa nach schweiz. OR (Diss. Zürich 1892): zit. Gysler.
Guhl Albert, Kennt das schweizer. OR einen inneren Unterschied zwischen passiver Korrealität und Solidarität? (Diss. Leipzig 1908): zit. A. Guhl.
Jerusalem, Die Haftpflicht der Aufsichtspersonen (Diss. Leipzig 1903): zit. Jerusalem.
Köster, Die Haftung des Vaters aus Delikten der Kinder (Diss. Berlin 1888): zit. Köster.
Masur, Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB (Diss. Breslau 1908): zit. Masur.
Ruhl, Haftung der Aufsichtspflichtigen nach § 832 BGB (Diss. Würzburg 1907): zit. Ruhl.
Schneller, Das Veranlassungsprinzip im schweizerischen Zivilrecht (Diss. Zürich 1904): zit. Schneller.

IV. Kommentare.

Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. III (Zürich 1855): zit. Pr. Ges.-B. Bluntschli.
Curti-Forrer, Schweizer. Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen (Zürich 1911): zit. Curti.
Egger, Kommentar zum Personenrecht des schweizer. ZGB (Zürich 1911): zit. Egger-Personenrecht.
Egger, Kommentar zum Familienrecht des schweizer. Zivilgesetzbuches (Zürich 1914): zit. Egger.
Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, Tit. 1—22 (Zürich 1915): zit. Fick.
Hafner, Das schweizerische Obligationenrecht (Zürich 1905): zit. Hafner.
Hoffmann und andere Reichsgerichtsräte, Das bürgerliche Gesetzbuch (Berlin 1913): zit. R. G. Räte-Komm.
Marcadé, Explication du Code civil, tome V (Paris 1873): zit. Marcadé.
Oser, Kommentar zum schweizerischen OR (Zürich 1915): zit. Oser.
Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche (Berlin 1910): zit. Oertmann, Komm.
Schneider u. Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, Bd. I (Zürich 1896): zit. Schneider OR.
Sirey - Gilbert, Les codes annotés, tome II (Paris 1892—95): zit. Sirey.
Ullmer, Kommentar zum privatrechtlichen Gesetzbuche des Kanton Zürich, Bd. II (Zürich 1870): zit. Ullmer.

V. Praxis und Materialien.

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (Amtliche Sammlung): zit. BG.

Die Praxis des Bundesgerichts (Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweizer. Bundesgerichts): zit. Praxis-BG.

Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts: zit. R.

Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen: zit. Bl. f. handelsr. Entsch.

Blätter für Zürcherische Rechtssprechung (neue Folge der Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen): zit. Bl. f. Zürch. Rspr.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen: zit. RG.

J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte: zit Seuffert.

Amtliches stenographisches Bulletin der schweizer. Bundesversammlung (Nationalrat): zit. Nat.-R., (Ständerat): zit. St.-R.

Protokolle zu den Verhandlungen der grossen Expertenkommission zum Entw.-ZGB vom Jahre 1901: zit. Exp.-Komm. 1901.

Protokolle der Expertenkommission betr. die Revision des OR (Mai 1908): zit. Exp.-Komm. 1908.

Bundesrätliche Botschaft zum ZGB vom 28. V. 1904: zit. Botsch.-ZGB 1904.

Bundesrätliche Botschaft betr. Ergänzung des Entwurfes eines ZGB vom 3. III. 1905: zit. Botsch. OR 1905.

Bundesrätliche Botschaft zum OR vom 1. VI. 1909: zit. Botsch. OR 1909.

Einleitung.

Die Lehre vom Schadenersatz ist vielleicht der praktisch bedeutsamste Teil unserer ganzen Privatrechtswissenschaft. Dies ist auch der Grund, weshalb sich in ihr zuverlässiger als auf manchem anderen Gebiete die sittliche Ueberzeugung eines Volkes widerspiegelt. Wird der Einzelne von einem Schaden getroffen, so verlangt er von der Rechtsordnung eine seinem Empfinden entsprechende Genugtuung, einen gerechten Ausgleich der entstandenen Einbusse; in gleichem Masse, wie ihm dieser versagt wird, schwindet das für die Erhaltung eines Staates unentbehrliche Vertrauen zu seinen rechtsprechenden Organen und, wenn sich gar die Mehrheit der Volksgenossen auf die Seite des Gekränkten stellt, ist die notwendige Folge eine Reaktion in der Gesetzgebung. Jede Veränderung in den wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen einer Rechtsgemeinschaft erkennen wir daher wieder in ihrer Schadenersatzgesetzgebung, und es ist nur das Zeugnis einer natürlichen, gesunden Entwicklung, wenn die Frage nach der Schadenstragung von den einzelnen Völkern zu den verschiedenen Zeiten in verschiedenster Weise beantwortet worden ist.

Unser Thema bildet einen kleinen Ausschnitt aus dem weitverzweigten Schadenersatzrecht, indem es einmal nicht die Haftung im Vertragsverhältnis, sondern einzig diejenige ausserhalb desselben, die sogenannte ausserkontraktliche Haftung berücksichtigt, sodann innerhalb dieses engeren Gebietes die Verantwortlichkeit der Aufsichtspersonen als einen Fall der eigentümlichen Haftung für Drittpersonen herausgreift.

Als Grundlage für das Verständnis des modernen Rechtszustandes empfiehlt sich eine rechtsgeschichtliche Darlegung des Instituts, zumal die Entwicklung gerade für die vorwürfige Frage ausserordentlich interessant ist. Erst daran anschliessen soll sich als eigentlicher Zweck der Arbeit die eingehende Behandlung der bisher auffallend wenig, seit dem Inkrafttreten des schweizer. Zivilgesetzbuches u. W. überhaupt noch nie zum Gegenstand einer wissenschaftlichen Untersuchung gemachten Materie im schweizerischen Rechte. Einem Schlusswort bleibt es endlich vorbehalten, unter Heranziehung der entsprechenden Haftungsbestimmung im deutschen Recht die wichtigsten Ergebnisse im Zusammenhange zu würdigen.

I. Kapitel.

Geschichtlicher Ueberblick.

§ 1.

Das römische Recht.

Zu den wenigen Ausnahmen, in denen das klassische römische Recht von seinem sonst so streng durchgeführten Grundsatz, dass jedermann nur für sein eigenes Verschulden einzustehen habe, abweicht, gehört das sog. Noxalrecht, wonach der Gewaltherr für Delikte seiner Sklaven, der Hausvater für solche seiner Hauskinder haftet.

Mit der Noxalklage konnte nach römischem Recht der Vater wegen aller durch die in seiner patria potestas stehenden Kinder begangenen Delikte belangt werden; wurde er aber dergestalt vom Verletzten noxaliter in Anspruch genommen. so stand es ihm frei, die Verteidigung des filiusfamilias zu übernehmen oder abzulehnen. Entschloss er sich zur defensio, so boten sich ihm wiederum zwei Arten der Haftung: entweder hatte er die litis aestimatio an den Verletzten zu leisten, d. h. die Folgen des Deliktes zu tragen, oder er konnte sich durch die sog. noxae datio, d. h. dadurch, dass er den delinquierenden Gewaltunterworfenen preisgab, ebenfalls vollständig befreien.[1]) Ein Strafcharakter kam dieser noxae datio nicht zu,[2]) was besonders deutlich aus Dig. 42, 1, 6, 1 („facultas solvendi quam condemnatus ex lege accipit") und Gai. I, 140 („nam hunc — scil. filiumfamilias — actor pro pecunia habet") hervorgeht. Ferner spricht für den vermögensrechtlichen Charakter der noxae datio entschieden der Umstand, dass das Hauskind, nachdem der Betrag der verwirkten litis aestimatio von ihm abverdient oder auf sonstige Weise berichtigt war, verlangen konnte, aus dem mancipium entlassen zu werden.[3]) Mit Recht behauptet denn auch Sell a. a. O. S. 11, dass der Beklagte zur Auslieferung des Hauskindes nur berechtigt, nicht aber verpflichtet sei; andererseits geht die Klage des Geschädigten ausschliesslich auf die litis aestimatio.[4])

[1]) Gai IV, 75; „Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere.

[2]) A. A. Zimmern, S. 36 ff.; Wyss S. 44.

[3]) Sell S. 13.

[4]) Ebenso Czyhlarz S. 209.

Lehnte der pater familias die defensio seines filiusfamilias überhaupt ab, so wurde der Verletzte eben auf die gewöhnliche Deliktsklage gegenüber dem Hauskinde verwiesen; denn letzteres war selbständig deliktsfähig, wenn auch nach entwickeltem römischen Recht nur unter der Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit (Dig. 9, 2, 5, 2). Allerdings führte dann dieses Verfahren wenigstens im älteren römischen Recht praktisch zu demselben Resultat, das im Falle der noxae datio mit der Noxalklage erreicht wurde: Zufolge der in früherer Zeit durchwegs statuierten Vermögensunfähigkeit der Hauskinder musste nämlich das direkte Vorgehen gegenüber denselben schliesslich mit der Personalexekution enden.[5])

Einerseits drängt sich uns beim Studium des Noxalrechts unwillkürlich die Frage auf, warum hier in ganz singulärer Weise vom Verschuldensprinzip abgesehen und neben den Gewaltunterworfenen selbst ein Dritter — der paterfamilias als solcher filii nomine — ohne Rücksicht auf seine eigene Schuld[6]) für das culpose Tun des ersteren ersatzpflichtig wird; andererseits scheint uns auffällig, dass, wenn eine Person einmal als verantwortlich erklärt wird, sie nicht für den ganzen Schaden aufzukommen hat, sondern sich durch die eigentümliche noxae datio endgültig befreien kann.

Bezüglich der ersten Frage stellt sich die geschichtliche der, wenn wir so sagen wollen, legislativen Begründung gegenüber: historisch lässt sich u. E. die uralte, bereits in die Zwölftafeln (tab. XII, fr. 2) zum ersten Mal erwähnte Noxalklage am besten durch die Privatrache, wie sie auch im ältesten römischen Recht üblich war, erklären.[7]) Es erscheint uns demnach am wahrscheinlichsten die Annahme, dass der schädigende Hausgenosse dem Verletzten nach dem Rechte der

[5]) Köster S. 5 macht mit Recht darauf aufmerksam, daß der beklagte Gewalthaber bei Ablehnung der defensio sein Kind, das in Schuldhaft fiel, auf jeden Fall — ohne die Möglichkeit der Abwendung des Verlustes durch Leistung der litis aestimatio — verlor und zieht daraus den Schluß, „daß der Gewalthaber es in der Regel vorgezogen haben werde, sich auf den Noxalprozeß einzulassen, so daß durch die fakultative Vertretungsbefugnis die Noxalhaftung keineswegs, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, illusorisch wurde."

[6]) So die weitaus herrschende Ansicht, deren Richtigkeit namentlich durch den bekannten Satz: „noxa caput sequitur" (Gai. IV, 77) bestätigt wird. Nach dieser Rechtsregel haftet nämlich der paterfamilias als solcher kraft seiner potestas; geht diese potestas auf einen Dritten über, so wird der neue Gewalthaber haftpflichtig, hört sie vor Anstellung der Klage — durch Tod des Täters — überhaupt auf, so erlischt auch die Noxalhaftung (Vgl. u. a. Zimmern S. 24 ff. Sohm S. 579, Czhylarz S. 208, Girard S. 738 f.). — Eine andere Meinung vertritt Hasse S. 14 Anm., der von einer „gleichsam im Hintergrunde vorausgesetzten culpa", also einer Art präsumierten Verschuldens spricht; doch dürfte die Auffassung, die dem römischen Recht jedenfalls nicht entspricht, bereits unter dem Einflusse der französischen Gesetzgebung stehen.

[7]) Vgl. namentlich die interessanten Ausführungen bei Girard S. 735.

Privatrache verfallen war und sich deshalb der die Auslieferung verweigernde Gewaltherr seinerseits verantwortlich machte. — Diese der Wirklichkeit jedenfalls am ehesten entsprechende Auffassung war jedoch bereits zur Zeit unserer Quellen in Vergessenheit geraten; es ist daher nichts Ungewöhnliches, wenn hinter jenen überlieferten Berichten, die eben den Anschauungen jener späteren Zeiten Ausdruck geben, eine von der historischen abweichende Begründung gesucht werden muss. Die ratio des Institutes der Noxalklagen, wie sie sich auf Grund der quellenmässigen Darstellung ergibt, beruht nicht mehr auf der überlebten Privatrache, sondern vielmehr auf einem Gebote der Billigkeit, auf zivilrechtlichen Gründen: Sie verlangten notwendig die Zulassung der Haftung des paterfamilias für fremde culpa, d. h. neben derjenigen des persönlich haftbaren, die doli capacitas besitzenden Hauskindes; denn des letzteren Deliktsfähigkeit war zwar theoretisch anerkannt (Dig. 44, 7, 39; 5, 1, 57), dessen erfolgreiche Belangbarkeit aber tatsächlich ausgeschlossen durch die gleichzeitig anerkannte Vermögensunfähigkeit des filiusfamilias (omnia quae filiusfamilias acquirit, non sibi, sed patri acquirit).[8]) Aus diesem Grunde wäre es unbillig gewesen, den Verletzten ausschliesslich auf den vermögenslosen delinquierenden Gewaltunterworfenen zu verweisen, wie es andererseits dem Volksempfinden widersprochen hätte, den Gewaltherrn, dem der gesamte Erwerb seiner Untergebenen zufloss, nicht auch für den aus diesem Herrschaftskreis entstehenden Schaden verantwortlich zu machen. Letzterem würde ja schon die bekannte fundamentale regula iuris: „ex qua persona qui lucrum capit, eius factum praestare debet" (Dig. 50, 17, 149) entgegenstehen. — Das also waren die inneren Gründe des römischen Noxalrechts. Gestützt auf diese Darlegung begreifen wir denn auch, dass mit Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Hauskindes die Noxalhaftung immer weniger praktisch wurde, da mit Wegfall seiner ratio das Institut auch seine Berechtigung verlor. Ganz verschwunden ist jedoch die Noxalhaftung des paterfamilias erst unter Justinian.[9])

Wenden wir uns der zweiten Besonderheit zu und fragen, weshalb sich denn der paterfamilias durch die noxae datio von seiner Haftung befreien könne, so müssen wir zwar auch hier zugeben, dass sie ursprünglich wohl dem Verletzten zur Ausübung der Privatrache diente, dagegen im klassischen römischen Recht, wie schon oben Seite 2 gezeigt worden ist, diese Funktion abgelegt und ausschliesslich

[8]) Gai. II, 87 ..... ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

[9]) Vgl. Sell, S. 21 ff.; Wyss S. 44 f.; Sohm S. 579; Czhylarz S. 210.

Schadenersatzcharakter hat. Deutlich weist uns in dieser Richtung eine Stelle in Gai. IV, 75 darauf hin, dass auch die noxae datio aus Billigkeitserwägungen heraus entstanden ist, indem man sich nämlich sagen musste, eine Entschädigungspflicht des paterfamilias über den Wert des schadenstiftenden filiusfamilias hinaus wäre nicht am Platze (Gai. IV, 75: . . . erat enim iniquum nequitiam filiorumfamilias ultra ipsorum corpora parentibus damnosam esse). Es bedeutet somit die noxae datio im entwickelten römischen Recht nur eine besondere, die ohnehin schon sehr gesteigerte Verantwortlichkeit mildernde Art des Schadenersatzes.

Neben dieser Noxalhaftung kannten die Römer noch einige andere Haftungsfälle des paterfamilias, die jedoch nicht auf der patria potestas beruhen. Die condictio sine causa, die im Falle der Bereicherung des peculium profecticium durch ein Delikt des Hauskindes als selbständige Bereicherungsklage gegen den Vater ging, sowie die actio iudicati de peculio als gleichsam selbständige Kontraktsklage (W y s s, S. 49 ff.), die für unseren Zweck nur von geringem Interesse sind, sollen hier lediglich erwähnt werden.

Dagegen ist noch ein Blick zu werfen auf die Haftung des römischen paterfamilias aus eigener Schuld: Hier haftet der Vater nicht mehr nur mittelbar, wie dies in allen obigen Fällen zutraf, für das Verschulden seines Kindes, sondern unmittelbar für seine eigene Culpa. Abgesehen vom Falle positiver Mitschuld, d. h. bei Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe[10]) des Vaters, wo der schuldige Gewalthaber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen verantwortlich wurde, trat die Haftung auch ein bei bloss negativer Mitschuld; denn, obschon alle diesbezüglichen Quellenstellen stets nur vom Verhältnis des dominus zum servus sprechen, darf u. E. mit K ö s t e r (S. 22) angenommen werden, dass diese Rechtssätze analoge Anwendung auf das Verhältnis des paterfamilias zum filiusfamilias finden, indem „nach römischem Recht die patria und dominica potestas auf demselben Grundgedanken beruhen und wesentlich gleichen Charakters sind". Die zur Haftung führende negative Mitschuld war gegeben im Falle der conscientia des paterfamilias, d. h. sobald letzterer von einem bestimmten bevorstehenden Delikt seines Hauskindes Kenntnis hatte und dies zu verhindern unterliess, trotzdem er hierzu imstande war (Dig. 9, 4, 3: . . . si cum prohibere posset, non prohibuit). Nur bei vorliegender conscientia haftete der paterfamilias und zwar aus eigenem

[10]) Betreffend die bestrittene Frage, ob sich der Vater auch durch bloß nachträgliche Billigung des Deliktes, durch sog. ratihabitio verantwortlich mache, vgl. Köster S. 18 f.

Verschulden;[11]) einfache positive Kenntnis, oder grobfahrlässige Unkenntnis genügte dagegen nicht zur Begründung dieser Haftung.[12]) Dabei haben wir aber — und hier kommt das für unsere Betrachtungen interessante Moment — unter dieser Culpa nicht etwa die mangelhafte Erziehung oder die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht durch den Vater zu verstehen, was mit der römischen patria potestas, einem typisch einseitigen Gewaltverhältnis vollkommen unverträglich wäre,[13]) sondern vielmehr eine allgemeine Rechtspflicht, schädigende Eingriffe des Gewaltunterworfenen Dritten gegenüber bei Kenntnis ihres Vorhabens und Möglichkeit ihrer Verhinderung zu verhüten.

Dies hier ausdrücklich zu betonen, ist für uns besonders wichtig im Hinblick auf die gerade gegenteilige Auffassung des späteren germanischen Rechts.

§ 2.

Das germanische Recht.

Wie im römischen Recht, so ist auch ursprünglich im alten deutschen Recht als Grund der Haftung des Hausherrn für Delikte seiner Untergebenen das tatsächliche Herrschaftsverhältnis anzusehen.[1]) Während uns aber die römischen Quellen darüber ziemlich reichlichen Aufschluss geben, ist uns hier nur sehr weniges und dieses je nach den einzelnen Volksrechten in ganz verschiedener Ausgestaltung überliefert; von der Haftung des Vaters im besonderen wird überhaupt nur ausnahmsweise gesprochen, während die Haftung des Herrn für Unfreie und Tiere gewiss seit ältester Zeit allgemein anerkannt war.[2]) Doch müssen diese Vorschriften zweifellos analog auf das Verhältnis des Vaters zum Kinde angewendet werden, indem alles, was sich im Hauswesen befindet, auch der Munt unter-

[11]) Wenn Sell S. 150 erklärt, „trotz der zusammentreffenden Verschuldung des Sklaven und Herrn liege doch nur ein einziges Privatdelikt, das des Sklaven vor", so sehen wir demgegenüber neben diesem Delikt des Untergebenen eine weitere selbständige unerlaubte Handlung des Herrn, die die Römer hier ausnahmsweise auf ein Unterlassen gründeten. — Diese „juristische Identität beider Klagen" führt genannten Autor dann irrigerweise (S. 148 f.) zur Annahme, daß mit rechtskräftiger Entscheidung der einen Klage die andere ausgeschlossen werde, resp. Beklagter die exceptio rei iudicatae geltend machen könne.

[12]) Vgl. Köster S. 23.

[13]) Wie Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. II Abtl. 1, S. 296 ff. überaus treffend sagt, „vermag die römische Auffassung Macht und Pflicht in derselben Person nicht zusammenzureimen". Der Vater ist nach altem Recht bloß berechtigt, nicht zugleich verpflichtet.

[1]) Vgl. Brunner Bd. I, 2. Aufl. S. 75 f. Bd. II, S. 275 ff.; Stobbe Bd. III, S. 548.

[2]) Brunner Bd. II, S. 551.

liegt,[3]) letztere aber, wie wir bereits angedeutet haben, in früherer Zeit das eigentliche haftungbegründende Moment bildet: Der Gewalthaber gilt kraft seiner Munt als Repräsentant des Hauses und wird deshalb verantwortlich für das Verhalten seiner Untergebenen, wie er andererseits bei Verletzungen für sie in eigenem Namen Genugtuung fordert. Immerhin machte sich mehr und mehr die Tendenz geltend, die strenge Verantwortung des Gewaltherrn zu mildern, was dann allmählich auch auf den verschiedensten Wegen erreicht wurde.[4]) Namentlich war es die Möglichkeit der Aushingabe des schädigenden Hausgenossen, wodurch sich der Gewalthaber bald teilweise, bald sogar vollständig von seiner Haftung befreien konnte. Manche Rechte — z. B. das sächsische und angelsächsische — verlangen zu dieser Befreiung nicht einmal Uebergabe des Delinquenten an den Verletzten, sondern lediglich einen einfachen Entäusserungsakt, die Entlassung seitens des Muntwalts, was allerdings mit Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit nicht ganz unbedenklich war.[5]) Eine weitere Besonderheit bestand mancherorts, u. a. wiederum im sächsischen Recht darin, dass der Herr für seine Leute nur dann einzustehen hatte, wenn er den Untergebenen nach Kenntnisnahme des Deliktes noch länger im Hause behielt.[6]) Bereits hier muss nun auffallen, dass die Haftung nicht mehr wie früher ausschliesslich auf dem Gewaltverhältnis beruhen kann, sondern dass mit dieser Umschreibung augenscheinlich ein anderer Haftungsgrund herangezogen wird. Nicht mehr bloss die objektive Tatsache der Herrschaft (Munt) begründet die Verantwortlichkeit, sondern vorwiegend ein neues, subjektives Moment, das schuldhafte Verhalten des Herrn, der durch Beherbergung des Delinquenten dessen Delikt stillschweigend gutheisst.

Neben dieser Einzelerscheinung tritt, wie schon früher im

[3]) So namentlich Heusler Bd. I, S. 97, wonach die Munt in ihrem ursprünglichen Sinne die Herrschaft über Freie und Unfreie, Menschen und Tiere, Lebendiges und Lebloses bedeutet; ferner Heusler Bd. II, S. 450; Isay S. 232 ff., spez. S 338; vgl. — dort gleichfalls zitiert — Eug. Huber, Bedeutung der Gewere S. 81, wo sich der auch für die Munt zutreffende Satz findet, daß „in primitiven Verhältnissen einer erst beginnenden Kultur besondere sinnenfällige Erscheinungen ohne jede Abstraktion zum Rechtsbegriff erhoben werden und darauf nun im weiteren die Rechtsordnung aufgebaut werde".

[4]) Vgl. hierüber u. a. Schröder S. 359 ff., Stobbe Bd. III, S. 547 ff; Brunner Bd. II, S. 552.

[5]) Es wurde dieses Verfahren, wie Brunner Bd. II, S. 553 bemerkt, dann auch durch die fränkische Gesetzgebung ausdrücklich verboten.

[6]) Stobbe Bd. III, S. 549; ein netter Beleg hierfür findet sich in Grimms Weistümern, S. 149, § 2, wo es heißt, daß der Vater im Falle des Delikts seines Sohnes dem Delinquenten noch eine Suppe zu verabreichen, ihn sodann aber aufzugeben habe: „behalt er in aber lenger, darüber mues er der herrschaft oder dem andern darumb zu antworten, gibt er im aber urlaub mit der suppen, so ist er niemant zu antworten schuldig".

bajuvarischen und langobardischen Recht[7]) in der späteren deutschen Rechtsentwicklung allgemein neben das rein ökonomische das psychologische Motiv, d. h. der Gedanke, dass die Haftung des Gewalthabers auf eigener Pflichtvernachlässigung, auf einem Missbrauch seines mundium beruhe; denn ganz im Gegensatz zur römischen patria potestas bringt die germanische Munt ihrem Inhaber neben ausgedehnten Rechten auch Pflichten der Erziehung und Beaufsichtigung (disciplina), deren Verletzung rechtliche Folgen nach sich zieht. „Nicht die Vermögenslosigkeit der Gewaltunterworfenen allein, sondern — und insbesondere — die Zugehörigkeit zur Hausgenossenschaft und damit zur Hauspolizei, die zur Erziehung und Beaufsichtigung verpflichtet, ist der Kern der Haftungsursache".[8]) Während die römische Noxalhaft ohne jede Culpa des paterfamilias eintritt, haftet hier der Gewalthaber aus eigener Schuld, jedoch — wiederum abweichend vom römischen dominus conscius — wegen Verletzung einer eigentümlichen, nicht allgemein statuierten, sondern nur ihm als Inhaber der Munt auferlegten Rechtspflicht. Die Verwahrlosung, „w a r l o s e", d. h. eine Vernachlässigung der ihm gerade als Muntwalt obliegenden, durch das familienrechtliche Verhältnis gerechtfertigten Verpflichtungen begründet als typische Erscheinung des späteren germanischen Rechts auch die väterliche Haftung. — Die Verantwortlichkeit nach römischem Recht entspringt also den Rechten des Hausvaters — ausschliessliche Vermögensfähigkeit des paterfamilias —, nach deutschem Recht dagegen hauptsächlich seinen Pflichten. Es ist dabei nicht uninteressant, dass gerade das deutsche Recht — dank seiner vorgeschrittenen Auffassung der Munt — in diesem Punkte zu einer ausgedehnteren Anwendung des Verschuldensgedankens gelangt ist, als dies in dem für die entwickelte culpa massgebenden Rom der Fall war.

Die Haftung des Vormundes,[9]) wie sie uns die Glosse zum Sachsenspiegel III, 3 berichtet,[10]) ebenso diejenige des Vor-

[7]) L. Baiuv II, 5, 6: ..... Dominus vero eius omnia similia restituat quia servo suo non contestavit ut talia non faceret"; ferner l. Baiuv VII, 2, 4: Cetera vero omnia perimpleat pro eo quod servo suo d i s c i p l i n a m minime imposuit.

[8]) Ruhl S. 18; ebenso Kraut Bd. I, S. 354. — Schon Bluntschli Bd. II, S. 290, führt aus, daß das Kind von Anfang der deutschen Geschichte an eigenes Vermögen haben konnte, wodurch die im Texte vertretene Ansicht nur bestätigt wird; über den Unterschied der deutschen Munt und der römischen patria potestas vgl. ferner Dernburg, Preuß. Privatrecht (1884). Bd. III, S. 153.

[9]) Vgl. über die subsidiäre Haftung des Vormundes schlechthin für Delikte seiner Mündel, die uns hier nicht weiter interessiert, Heusler Bd. I, S. 123 ff. und Bd. II, S. 497; ebenso Kraut Bd. I, S. 344 ff.

[10]) Glosse zu Ssp. III, 3: .... Dann er den unsinnigen solte bewart haben, darumb hat er solches v e r w a r l o s e t. Was aber einem durch eines andern v e r w a r l o s u n g schade geschicht, den soll ihm derselbige gelten.

mundes, der schuldhafter Weise die Vormundschaft nicht übernommen hat,[11]) beruhen ganz auf demselben Gedanken, wie die aus der Muntschaft nach jüngerem Recht abgeleitete Verantwortlichkeit überhaupt.

Mit Verschwinden der Leibeigenschaft tritt an deren Stelle das freie Gesinde, das vorläufig gleichfalls zur Hausgenossenschaft gehört und durch seine Delikte den Herrn verpflichtet. Erst in späteren Zeiten mit entwickelterem Verkehr, wo der familienrechtliche Charakter des Gesindeverhältnisses zu Gunsten des obligationenrechtlichen zurücktrat, wurde diese Haftung oft als zu drückend empfunden und man war alsdann bestrebt, den Kreis der Personen, für die eingestanden werden sollte, zu beschränken.

§ 3.

Das gemeine Recht.

Das gemeine Recht bedeutet für die Haftung des Vaters einen Kompromiss zwischen der römischen und der deutschen Rechtsanschauung. Nachdem die Noxalhaft bereits unter Justinian abgeschafft[1]) und die actiones de peculio gegenüber dem Vater mit Verschwinden des peculium von selbst unpraktisch geworden waren,[2]) kannte das gemeine Recht schliesslich nur noch die römisch-rechtliche Haftung des Vaters aus eigener Schuld; während aber diese, wie bereits oben des näheren ausgeführt worden ist, abgesehen von der positiven einzig die vorsätzliche negative Mitschuld in sich schloss,[3]) wurde sie unter der Herrschaft des gemeinen Rechts dahin erweitert, dass man sie nunmehr entsprechend dem deutschrechtlichen Begriff der Munt schlechtweg in der Verletzung — gleichgültig ob vorsätzlich oder fahrlässig — der familienrechtlichen Pflichten des Haftbaren erblickte.[4]) — Andererseits war das gemeine Recht noch zu sehr im Culpaprinzip befangen, als dass es sich zu Gunsten des einheimischen Rechts

---

[11]) Richtsteig Landrecht 43,7 . . . und e se w a r l o s gelaten hebbe, so dat he dat kint nicht en Dvunge oder den unsinnegen nicht bewarede . . . . .; vgl. Ssp. II, 38.

[1]) Vgl. oben S. 4.

[2]) Vgl. Bluntschli Bd. II, S. 317. Anm.: „Es ist nun aber für das neue Recht besser, von dem entgegengesetzten Prinzip eines w i r k l i c h e n V e r m ö g e n s der Kinder als moderner Rechtsregel auszugehen, als auf dem Umwege der erweiterten Pekulienrechte der Kinder länger zu irren." Brinz, Pandekten (1879) Bd. II, S. 218; Kraut Bd. II, S. 640 ff. a. M., hingegen Windscheid Bd. II, S. 1122.

[3]) Vgl. oben S 5 f.

[4]) Bruns — Eck — Mitteis in Holtzendorff, Enzyklopädie Bd. I (1904), S. 402: . . . . . Für diesen Fall mußte im gemeinen Recht selbst V e r n a c h l ä s s i g u n g der Aufsicht als Culpa angesehen werden.

fangen, als dass es sich zu Gunsten des einheimischen Rechts von der römischen Ueberlieferung vollständig hätte lossagen können; für eine Präsumtion des Verschuldens nach deutschem Muster konnte es sich daher nicht entschliessen und musste notwendigerweise bei der alten Regel stehen bleiben, wonach der Kläger den Beweis des Verschuldens zu erbringen hat.[5]) So kommt es denn auch, dass das gemeine Recht mit seinen Grundsätzen über die väterliche Haftung trotz Erweiterung des römisch-rechtlichen Begriffs der negativen Mitschuld hinter dem deutschen zurücksteht und es neben der Theorie vor allem die Praxis war, welche den deutschrechtlichen Tendenzen noch mehr zum Durchbruch verhelfen musste.

Zwar hielten auch die Gerichte streng daran fest, dass der Kläger das für die einzelne schädigende Handlung kausale Verschulden des Beklagten nachzuweisen habe,[6]) erleichterten jedoch letzterem seine Stellung dadurch ganz erheblich, dass sie den Begriff der Erziehungs- und Aufsichtspflicht sehr weit fassten und ein Verschulden schon dann als vorhanden annahmen, wenn sich der Vater nicht bemüht hatte, bereits v o r dem eigentlichen schädigenden Akt von dem Vorhaben, d. h. der Möglichkeit eines solchen Kenntnis zu nehmen;[7]) denn zur gemeinrechtlichen Hausgewalt gehört naturgemäss die Pflicht, den Hausgenossen von jeder unerlaubten Handlung abzuhalten,[8]) so dass selbst im geringsten Verstoss gegen diese Rechtspflicht zum mindesten eine Fahrlässigkeit gefunden werden muss.[9])

---

[5]) Windscheid Bd. II, S. 975, Anm. 12; Ruhl S. 23; Köster S. 26.

[6]) Seuffert 35, Nr. 204: „Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Beklagten für die von seinem unmündigem Sohne verursachte körperliche Beschädigung kann nur dann angenommen werden, wenn Tatsachen vorliegen, welche eine direkte Anreizung des Knaben durch seinen Vater zur Tätlichkeit enthielten oder Tatsachen, welche überhaupt einen zuverlässigen Schluß auf Vernachlässigung des Beklagten in der Erziehung seines Sohnes zuließen ..... die Eltern haften unter der Voraussetzung, daß jene Handlungen sich als Folgen der vernachlässigten Erziehung herausstellen". Ebenso Seuffert 7, Nr. 318; 32, Nr. 238.

[7]) Ein Schulbeispiel hierfür bildet der so oft zitierte Entscheid in Seuffert 7, Nr. 318; Ein unmündiger Knabe verletzte eine Person mit einer Schußwaffe; trotzdem nun der Vater des Schädigers zur Zeit des Unfalls nachweisbar in Geschäften abwesend gewesen war und er ferner nachwies, daß ihm sein Sohn das Vorhandensein der Waffe absichtlich verheimlicht hatte, wurde er ersatzpflichtig erklärt mit dem Hinweis, „der Umstand, daß ungeachtet eine Anzahl Personen von dem Besitze der Flinte Kenntnis hatte, der Sohn doch imstande gewesen sei, den Besitz so lange vor dem Vater zu verheimlichen, lasse auf Lässigkeit in der häuslichen Zucht und Ordnung schließen" (das ist denn doch sehr weit gegangen!).

[8]) Bruns — Eck — Mitteis a. a. O., S 402: „In der Erziehungsgewalt ist die Pflicht der Obhut und Abhaltung von Delikten von selbst enthalten ...."

[9]) Da die Haftungsklage gegenüber dem Vater als modifizierte actio legis Aquiliae gilt (vgl. unten zu Anm. 12), findet Dig. 9, 2, 44, pr. ad leg. Aquil. hier entsprechende Anwendung: „In lege Aquilia et levissima culpa venit"; Arndts, Pandekten (1886), S. 636; Windscheid B. II, S. 975, Anm. 12.

Immerhin darf die Haftung nicht weiter ausgedehnt werden, als es die ratio legis verlangt; da nun aber die väterliche Verantwortlichkeit ein Ausfluss der Erziehungs- und Aufsichtspflicht ist, kann jene Haftung unmöglich über die Dauer dieser familienrechtlichen Obliegenheiten hinausgehen. Indess war eine bestimmte Altersgrenze nicht festgesetzt, sondern dem Richter jeweilen von Fall zu Fall die Beantwortung der Frage offen gelassen, ob dem Beklagten die Erziehung und Aufsicht über den Schädiger zur Zeit des Deliktes noch zustanden, wobei wohl angenommen werden darf, dass sie mit Eintreten der Volljährigkeit regelmässig wegfielen.

Dass für den Vormund und die Mutter, sofern ihnen die Aufsicht zusteht, dieselbe Haftpflicht wie für den Vater gilt, ist wiederum nur die natürliche Folge ihres Verhältnisses zum Mündel bezw. zum Kind;[10]) nicht allgemein anerkannt dagegen war die analoge Anwendung dieser Haftungsvorschriften auf das Verhältnis des Dienstherrn zum Gesinde.[11])

Was endlich die Natur der Klage, mit welcher der Aufsichtspflichtige suo nomine für Delikte der in seiner Obhut stehenden Untergebenen belangt wurde, betrifft, so betrachtete man sie, namentlich in der Praxis, allgemein als eine erweiterte actio legis Aquiliae.[12])

Mit dieser Regelung der väterlichen Haftung im gemeinen Recht und speziell der Betonung des Schuldmomentes auf seiten des Aufsichtspflichtigen ist gleichzeitig auch der Grund gelegt für die spätere Entwicklung unserer Frage.

§ 4.

Das französische Recht.

In Frankreich hat sich der deutschrechtliche Gedanke einer Haftung des Vaters wegen Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht schon sehr früh durchgerungen und es war denn auch

[10]) Ebenso haftet der Aufsichtspflichtige für culpa in eligendo, wenn er die Aufsicht einem Dritten anvertraut; außerdem macht sich natürlich letzterer bei Vernachlässigung der übernommenen Aufsicht gleichfalls ersatzpflichtig.

[11]) Hierüber vgl. namentlich Seuffert 16, Nr. 220, wo zwar Analogie erklärt wird, jedoch wohl auch bloß insoweit, „als die Haftpflicht im Zusammenhang steht mit dem Zweck und den Geschäften, zu welchen die Leute in Dienst genommen und welche ihnen übertragen sind"; so Sintenis Bd. II, S. 379, Anm. 129, der seine Ansicht damit begründet, „daß kein Grund vorliege, der Verpflichtung eine allgemeinere Ausdehnung zu geben". Also keine allgemeine Beaufsichtigung, sondern nur eine solche mit Rücksicht auf die konkreten Geschäfte, vgl. dagegen Wäntig S. 43, der die Haftung des Vorgesetzten für den Untergebenen nur zuläßt, „wenn der Dienstherr mit Rücksicht auf sein eigenes positives Tun zur Beaufsichtigung verpflichtet war".

[12]) Siehe u. a. Seuffert 16, Nr. 220, 35, Nr. 204.

die französische Rechts - Ordnung, welche diesen Gedanken weiter entwickelte und damit nicht nur gegenüber dem gemeinen Recht einen gewaltigen Fortschritt erzielte, sondern auch für die späteren Gesetzgebungen zunächst vorbildlich wurde. Ausserdem ist es besonders die reichhaltige Judikatur Frankreichs, die heutzutage noch bei Entscheidung modernrechtlicher Haftungsfragen häufig zu Rate gezogen wird.

Ursprünglich wurde diese Culpa des Vaters unwiderleglich präsumiert, ein Gegenbeweis also überhaupt nicht zugelassen.[1]) „Man ging dabei", wie Köster S. 43 u. E. richtig vermutet, „von der Voraussetzung aus, dass der Vater in jedem Fall nicht allein verpflichtet, sondern auch in der Lage sei, seine Kinder an der Verübung unerlaubter Handlungen zu hindern", wobei allerdings die Nachwirkung der primitiven Herrschaftshaftung — ohne Rücksicht auf ein Verschulden —, wie sie ganz sicher auch im ältesten französischen Recht bestanden hat, unverkennbar ist. Erst im Jahre 1804 brachte der Code civil — durch die Härten und Unbilligkeiten der früheren Vorschriften veranlasst — eine moderne Regelung der Frage, die dem Volksempfinden besser entsprach: Zwar hielt man — im Gegensatz zum gemeinen Recht[2]) — an der alten Schuldpräsumtion unbedingt fest, gab jedoch dadurch dem römischrechtlichen Grundsatz „ohne Schuld keine Verantwortlichkeit" schärferen Ausdruck, dass man dem Beklagten den Gegenbeweis des Nichtverschuldens gestattete. Diese dem bisherigen Recht fremde Umkehrung der Beweislast, wonach nicht der Kläger das Verschulden des Gegners, sondern der Beklagte sein Nichtverschulden darzutun hat, sicherte der französichen Gesetzesvorschrift ihre bahnbrechende Wirkung.

Der Code civil bestimmt in Art. 1384 al. 1 u. 2, nachdem er bereits in Art. 1383 auch denjenigen als verantwortlich erklärt, der einen Schaden „par sa négligence ou son imprudence"[3]) verschuldet hat, ausdrücklich:

„On est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre . . . .

---

[1]) So in der ancienne Coutume de Bretagne vom Jahre 1230, deren Art. 611 später in die nouvelle Coutume (art. 656) überging: „Si l'enfant fait tort à autrui, tant qu'il sera au pouvoir de son père, le père doit payer l'amende civil, pour ce qu'il doit châtier ses enfants"; vgl. dazu Toullier, p. 360 ff.: „On appliqua rigoureusement la responsabilité prononcée indéfiniment par la Coutume de Bretagne, aux cas même ou les pères n'avaient pu empêcher l'action de leurs enfants".

[2]) Vgl. oben § 3, S. 9 f.

[3]) Crome Bd. II, S. 766. Anm. 2 erinnert daran, daß zufolge des besonderen Sprachgebrauchs, wonach die culposen unerlaubten Handlungen als „quasidélits" gelten, der Ausdruck „Quasidelikte" für unsere Fälle auch nach französischem Recht zutrifft; vgl. auch Laurent p. 589.

Le père et la mère, après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux".

Ebenso haften nach c. c. 1384 al. 3 u. 4, „maîtres et commettants" wenn auch nur unter einschränkender Voraussetzung für den durch „domestiques et préposés" angerichteten Schaden und ferner „instituteurs et artisans" für „dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance".

Damit hat das Gesetz bereits den Kreis sowohl der haftpflichtigen als auch derjenigen Personen, für welche die ersteren verantwortlich sind, sowie die objektiven Voraussetzungen, unter denen diese Haftung eintritt, genau und abschliessend umschrieben, so dass angesichts des Ausnahmecharakters der Bestimmungen eine extensive Interpretation unzulässig wäre.[4]) Es ist daher dem französischen Recht der Vorwurf einer lückenhaften Kasuistik nicht erspart geblieben und die nachfolgenden Gesetzgebungen waren denn auch im allgemeinen bestrebt, diesen Nachteil möglichst zu beseitigen; dagegen spürte Frankreich selbst dank seiner sehr anpassungsfähigen Praxis und namentlich der ausgedehnten Anwendung des alles umfassenden Art. 1383 c. c. den Mangel eigentlich am wenigsten; erst in neuerer Zeit schritt man auch dort zu Spezialgesetzen.[5]) — Was die verantwortlichen Subjekte betrifft, so bezeichnet also das Gesetz als solche in erster Linie den Vater, und nach dessen Tode die Mutter;[6]) ebenso muss letztere wohl einstehen im Falle der Scheidung oder Trennung (divorce ou séparation de corps), sofern ihr wenigstens die Aufsicht über die Kinder zuerkannt wird.[7]) Ferner haften analog diejenigen Personen,

---

[4]) Laurent p. 589 ff. betont dies ausdrücklich: „. . . Admettre un cas de responsabilité qui n'est pas prévu par le texte de la loi, ce serait rendre une personne responsable sans qu'elle fût en faute . . . . . ; on commencerait par présumer la faute, pour rendre ensuite la personne responsable d'un dommage qu' elle n'a point causé"; in diesem Sinne auch Planiol p. 305.

Daß bei solch enger, zum Teil sehr willkürlicher Abgrenzung sehr oft Mißstände daraus entstehen, daß in vielen Fällen, wo die gleiche Haftung am Platze wäre, Art. 1384 nicht zur Anwendung kommen kann, liegt auf der Hand.

[5]) Vgl. z. B. Planiol p. 306, wo betreffend die Haftung des Vormundes für den Mündel auf besondere Vorschriften in Spezialgesetzen verwiesen wird.

[6]) C. c. Art. 141, 372 ff. Die Haftung der Mutter muß auch eintreten im Falle dauernder Abwesenheit oder Geisteskrankheit des Vaters. — Streit herrscht darüber, ob auch der Vormund haftet: die herrschende Meinung verneint heute diese Frage; vgl. hierzu namentlich Laurent p. 593 f., Planiol p. 305 f.; a. A. Marcadé, Art. 1384, Nr. 2, Crome S. 768, Anm. 2. — Ebenso Ablehnung der ehemännlichen Haftung für die Ehefrau (Planiol p. 305, note 1).

[7]) In gleicher Weise besteht eine Haftung der Eltern für ihre außerehelichen Kinder; Laurent p. 593.

denen die Beaufsichtigung junger Leute obliegt.[8]) Während aber nach französischem Recht die Haftung der Eltern nur besteht für unmündige Kinder,[9]) die mit ihnen zusammen wohnen,[10]) gründet sich die Verantwortlichkeit der Lehrherren und Meister auf ihr besonderes Verhältnis zu den schädigenden Personen, das — entsprechend der puissance paternelle — Erziehungs- und Aufsichtspflichten mit sich bringt. Daraus erklärt sich, dass hier im Gegensatz zur elterlichen Haftung die Verantwortlichkeit unabhängig vom Alter der Zöglinge und Lehrlinge erst aufhört mit Beendigung dieses speziellen Verhältnisses. — Zu dieser Verletzung einer bestimmten Aufsichtspflicht muss natürlich als weitere Voraussetzung der Haftung noch hinzukommen ein den Dritten treffender objektiv rechtswidriger Schaden, während ein Verschulden des Schädigers nach herrschender richtiger Ansicht durchaus nicht erforderlich ist.[11]) Dagegen sei hier im Hinblick auf die spätere Entwicklung noch erwähnt, dass der Ausdruck „dommage" in Art. 1384 c. c. nach allgemeiner Auffassung nicht nur den deliktischen, sondern auch den kontraktlichen Schaden in sich schliesst.[12])

Wenn nun der Kläger dartut, dass er durch ein objektiv rechtswidriges Handeln des Schädigers verletzt worden sei, letzterer aber zur Zeit der Schädigung unter der beschriebenen

[8]) Planiol p. 306: „Le mot ‚instituteur' est trés général et comprend les personnes qui se chargent de l'éducation des enfants en les prenant chez eux". — Gerade hier hat die unten zu betrachtende rigorose Haftpflicht zu krassen Härten geführt; Planiol p. 306 führt den Fall Leblanc an, wo ein Schüler durch das Verhalten eines Mitschülers, der dem Opfer einen Fußtritt in den Unterleib versetzte, während der Schulzeit, tötlich verletzt wurde. Dieser Fall gab dann Anlaß zum Erlaß des Spezialgesetzes vom 20. Juli 1899, wonach an Stelle der Haftung des öffentlichen Lehrers diejenige des Staates tritt.

Analoge Haftung der Irrenanstalten für die dort untergebrachten Geisteskranken wird grundsätzlich nicht anerkannt; vorbehalten bleibt natürlich immer die gewöhnliche Haftung nach c. c. Art. 1383. Siehe auch Laurent p. 605

[9]) Mit der Volljährigkeit fällt die Haftung weg, selbst wenn der Volljährige geisteskrank ist (!). Planiol p. 305, Note 2, Sirey Art. 1384, Note 46. Dagegen hört wohl nach richtiger Ansicht die Haftung nicht auf durch Emanzipation, da gerade darin oft ein Verschulden der Eltern liegen kann. So Planiol p. 305; „Les parents ont eu tort d'émanciper un enfant trop jeune"; ebenso Crome S. 769, Anm. 3, Marcadé p. 284; a. A. Toullier p. 375, Laurent p. 596.

Uebereinstimmend, wenn auch mit verschiedener Begründung, betrachten Theorie und Praxis die Haftung mit der Heirat des Kindes als beendigt.

[10]) Crome S. 768, Anm. 3, Planiol p. 305: „Par conséquent plus de responsabilité si l'enfant habite régulièrement au dehors soit comme interne dans un établissement d'instruction soit comme apprenti ou comme domestique . ." In solchen Fällen geht eben die Aufsichts-, resp. Haftpflicht auf andere Personen über. Immerhin ist auch hier die Praxis sehr weit gegangen: vgl. namentlich Sirey Art. 1384, Nr. 31.

[11]) Crome S. 769, Anm. 4, Laurent p. 590.

[12]) Vgl. u. a. Ruhl, S. 80, Anm. 4; ebenso die französische Literatur und Praxis.

Aufsicht des Beklagten gestanden habe, so hat er damit seiner Beweislast bereits in vollem Umfange genügt und es bleibt nunmehr dem Beklagten überlassen, sich durch den gesetzlich vorgeschriebenen Exkulpationsbeweis zu befreien.

Während nämlich die Haftung der „maîtres et commettants[13]) eine absolute ist durch Ausschluss jedes Gegenbeweises,[14]) wird für das Verschulden der Eltern, Lehrherren und Meister (c. c. art. 1384 al. 2 u. 4) eine „simple présomption" aufgestellt,[15]) welche gemäss c. c. art. 1384 al. 5 dadurch beseitigt werden kann, dass von den Beklagten nachgewiesen wird „qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité". Mit dieser Formulierung wird nichts anderes gesagt, als dass mit dem Nachweis des Nichtverschuldens auch die Haftung dahinfallen solle. Allein namentlich die Gerichte haben zu Gunsten des Klägers diesen Gegenbeweis so sehr erschwert, dass die Exkulpation tatsächlich nur sehr selten gelingt; denn die französische Praxis fasste den Inhalt der Vermutung konstant so auf, dass nicht nur ein Verschulden in der Beaufsichtigung im konkreten Fall, sondern schlechthin eine allgemein mangelhafte Erziehung, ein „relâchement de la discipline domestique" präsumiert werde,[16]) was zur Folge hat, dass z. B. ein zur Zeit der Schädigung unzurechnungsfähiger Aufsichtspflichtiger haftet, sofern nur eine „faute antérieure" gegeben, also ein „Verschulden" v o r a u s gegangen war.[17]) Diese Ueberspannung der Schuldpräsumtion führt schliesslich dazu, dass trotz formeller Culpa-Grundlage des Gesetzes eben doch sehr häufig eine Haftung für blossen Zufall angenommen wird. Denn die Präsumtion eines Verschuldens muss notwendig da aufhören, wo ein Erfolg nach allgemeinen Grundsätzen einer Person nicht mehr zugerechnet werden kann. Wenn man aber die Vermutung einer Culpa endlos bis auf alle erdenklichen früheren und späteren Erziehungsmängel er-

---

[13]) Hierher gehört nach französischem Recht auch das Gesindeverhältnis.

[14]) Diese gesteigerte Haftung, die sich nach den Motiven durch die Möglichkeit einer freien Auswahl der Angestellten rechtfertigen soll, ist nach Laurent S. 628 nicht begründet. Er führt aus, daß es heutzutage für den Arbeitgeber ganz unmöglich sei, lange zu wählen („Le temps approche où les d o m e s t i q u e s et les o u v r i e r s feront la loi aux maitres et commettants").

[15]) Crome S. 766, Laurent p. 589 und 601, Marcadé S. 283 f. — Als Gründe dieser Vermutung nennt Crome a. a. O. die Verkehrssicherheit, Planiol p. 301 ff. namentlich die Unverantwortlichkeit, Vermögenslosigkeit und Unselbständigkeit derjenigen Personen, für die gehaftet wird; aus dieser Ueberlegung heraus empfindet er die analoge Haftung für Geisteskranke (oben Anm 8 u 9), wie sie in jüngster Zeit vereinzelt durch die Gerichte statuiert wurde, als eine dringende Notwendigkeit.

[16]) Vgl. diesbezüglich die zahlreichen Fälle bei Sirey, Art. 1384, Nr. 18 ff., spez. Nr. 26, 827, Laurent p. 601 ff., Köster S. 45 ff.

[17]) Crome S. 769, Anm. 4; Köster S. 47; Ruhl S. 34.

streckt, so überschreitet man damit diese Grenze und erklärt jemanden für schuldig, den überhaupt kein Verschulden trifft. Man nimmt einen Beweisnotstand des Klägers an, wo er tatsächlich — eben mangels jedes sachlichen Anhalts — einfach ausserstande ist, dem Beklagten irgend ein Verschulden nachzuweisen. — Unter solchen Umständen wäre wohl sehr oft eine grundsätzliche Zufallshaftung in Verbindung mit einem vernünftigen Entlastungsbeweis für den Haftpflichtigen günstiger und zugleich gerechter. Jedenfalls aber dürfte man bei Annahme eines so weiten Culpa-Begriffes nicht kurzerhand für alle Fälle eine Präsumtion aufstellen, sondern müsste da, wo die Schwierigkeit der Entlastung auf Seiten des Beklagten in keinem Verhältnis mehr stünde zu seiner Pflicht und zur Lage des Verletzten, unbedingt wieder zu den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen zurückkehren und somit dem Kläger den Beweis des Verschuldens überbinden.

Zuzugeben ist allerdings, dass bei solcher Interpretation einerseits die Aufsichtspflichtigen in Erfüllung ihrer erzieherischen Aufgaben zur grössten Gewissenhaftigkeit veranlasst, andererseits Dritte in durchgreifendster Weise vor Schaden seitens aufsichtsbedürftiger Personen bewahrt werden. Doch möchten wir später zeigen, dass dieser erstrebenswerte Zweck durch eine etwas modifizierte Regelung — auch unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der übrigen Beteiligten — immer noch sichergestellt werden kann.

Neben dem verantwortlichen Aufsichtspflichtigen haftet der „avec discernement" handelnde Schädiger direkt und zwar solidarisch. Auch hat nach französischem Recht der verurteilte Vater gegenüber dem zurechnungsfähigen Kinde ein Rückgriffsrecht.[18])

[18]) Crome S. 766, Anm. la, Laurent p. 670 ff., Toullier p 372 f.

II. Kapitel

Die Haftung des Familienhauptes nach schweizerischem Recht.

§ 5.

Das zürcherische Privatrecht.

Unseren schweizerischen Statutarrechten war eine allgemeine Verantwortlichkeit des Vaters für das Verhalten seiner Kinder nicht bekannt.[1]) Vielmehr trat eine Haftung regelmässig nur im Falle der Bereicherung oder bei mangelhafter Aufsichtsführung ein.[2]) Wir begreifen deshalb, wenn wir das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch vom Jahre 1855 als einzige kantonale Kodifikation, in der unsere Frage eine relativ moderne Regelung erfahren hat, noch durchaus auf gemeinrechtlichem Boden treffen. Aus diesem Grunde scheint es vielleicht nicht recht in den Zusammenhang zu passen, wenn wir an dieser Stelle das offensichtlich hinter dem germanischen und französichem Recht zurückstehende Zürcher-Gesetz einer kurzen Prüfung unterziehen. Doch halten wir diese Behandlung mit Rücksicht auf das spätere Bundesrecht für zweckmässig.

Wie im Code Napoléon finden sich hier in den §§ 1872 ff. Pr. Ges. B. in recht kasuistischer Weise als haftungspflichtige Personen genannt vor allem der Vater und „nach dessen Abgange die Mutter", ferner „ein anderes an der Spitze einer Haushaltung stehendes Familienhaupt für deren Glieder, die Dienstherren für ihr Gesinde, die Meister für ihre Gesellen und Lehrlinge, die Fabrikherren für ihre Arbeiter, die Lehrer für die Schüler während der Schulzeit, die Inhaber von Erziehungsanstalten für ihre Zöglinge".

---

[1]) Immerhin gab es Ausnahmen: So z. B. bestimmten die alten Statuten von Biasca, daß der Vater für alle Uebeltat des Sohnes hafte, solange letzterer nicht emanzipiert sei; in aargauischen Urkunden aus dem 15. Jahrhundert wird u. a. die Mutter als haftpflichtig erklärt. Vgl. darüber Huber Bd. IV, S. 495, Anm. 20.

[2]) Huber Bd. IV, S. 495. Daß dagegen der Herr für Leibeigene, wie für freie Knechte auf Grund seines Eigentumsrechts auch in der Schweiz haftete, bestätigt Huber Bd. IV, S. 896 f.

Immerhin liegt darin unbestreitbar ein Vorzug gegenüber dem französischen Recht, dass die Grenzen des Personenkreises erheblich weiter gezogen sind und namentlich der neu aufgenommene Begriff des „Familienhauptes", der für uns besonders interessant ist,[3]) eine Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf alle Fälle gestattet — man denke nur an Geisteskranke, welche unter der Aufsicht anderer Personen stehen —, die nach Theorie und Praxis im allgemeinen von c. c. art. 1384 nicht betroffen werden, obwohl hier das Rechtsgefühl dringend dieselbe Haftung fordert. Dazu kommt, dass die zürcherische Rechtsprechung entgegen dem Wortlaute des § 1872 Pr. Ges. B., jedoch in richtiger Verfolgung des gesetzgeberischen Gedankens, diese Bestimmung in Verbindung brachte mit § 1873 Pr. Ges. B. und unter „minderjährigen Kindern", für die der Vater haften soll, auch solche Personen verstand, die wegen Geisteskrankheit entmündigt sind. „Denn", so heisst es in einem bei U l l m e r Bd. II, S. 409 (Nr. 2449) abgedruckten Entscheide, „unmöglich kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber die Haftung des Vaters nicht ebensoweit habe ausdehnen wollen, als diejenige der Mutter oder eines anderen Familienhauptes.[4]) Andererseits musste sich der Richter natürlich davor hüten, mit solcher Interpretation ins Uferlose zu geraten. Erst nach Bejahung dieser Frage, ob überhaupt eine Pflicht zur Beaufsichtigung vorliege, hat er den Beklagten insofern zu verurteilen, als der Kläger eine Vernachlässigung der „gehörigen Aufsicht" nachweist,[5]) also ganz entsprechend

---

[3]) Vgl. unten § 7, II, wo der Ausdruck im schweizerischen ZGB. wiederkehrt. Pr.Ges.B. — Bluntschli, Anm. zu § 1873 nennt bereits als Grund der Verantwortlichkeit „die Leitung und Aufsicht des Hauptes eines abgeschlossenen und beisammen wohnenden Personenkreises, um deren willen das Haupt relativ verantwortlich wird für die Glieder". Man habe damit eine „allgemeine Formel" schaffen wollen.

[4]) Diese Auslegung, die zweifellos einen gesunden Kern in sich trägt, während die gegenteilige den Bedürfnissen nie gerecht würde, war u. E. de lege lata doch etwas gewagt: Der Schluß, der oben gezogen wird, beruht auf unzutreffenden Prämissen; der Gesetzgeber sagt nämlich eingangs von § 1873 ausdrücklich „Unter d e n s e l b e n Voraussetzungen (scil. wie in § 1872) haftet die Mutter" etc., woraus hervorgeht, daß auch hier die Minderjährigkeit Voraussetzung der Haftung sein soll. Derselbe Gedanke, dem die Praxis angesichts des unklaren Wortlautes des Gesetzes Ausdruck gab, wurde später vom Bundesgesetzgeber verwertet.

[5]) Die Frage, ob dieser Beweis gelungen, hat der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden; sie wird uns später noch näher beschäftigen. Treffend schon Bluntschli zu § 1872 Pr. Ges.-B.: „Eine übermäßige und fortwährende Aufsicht, auch über halberwachsene Kinder, kann aber dem Vater nicht zugemutet werden, vielmehr ist hier die gute Sitte zu beachten".

Hier sei nur noch daran erinnert, daß zum ersten Mal nicht mehr von Erziehung und Aufsicht, sondern nur noch von letzterer die Rede ist. Der bloße Nachweis von Erziehungsmängeln genügt zur Begründung der Haftung

dem gemeinen Recht. Dass der Vater in gleicher Weise einzustehen hat, wenn er die Schädigung durch einen den Kindern gegebenen Auftrag veranlasst, d. h. intellektueller Urheber derselben ist, bedarf, weil selbstverständlich, keiner Erläuterung.

In § 1874 Pr. Ges. B. wird sodann dem haftpflichtigen Familienhaupte ausdrücklich der Regress auf den verantwortlichen Schädiger gewahrt. —

Zusammenfassend ist zu bemerken, dass nach zürcherischem Recht zwar die Zahl sowohl der Aufsichtspflichtigen als auch der Aufsichtsbedürftigen bedeutend erhöht, die Haftung dieser Personen aber, zumal gegenüber dem Code civil, eine recht gelinde ist.[6])

§ 6.

Das schweizerische Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

Da unser heute geltendes Recht, Art. 333 des schweizerischen Zivilgesetzes, zum Teil wörtlich übereinstimmt mit der Regelung des früheren schweizerischen Obligationenrecht, zum Teil wenigstens auf dem gleichen Grundgedanken beruht, werden wir in diesem Abschnitt ausschliesslich die dem alten Obligationenrechte eigentümlichen Elemente hervorheben, während alle übrigen vom ZGB übernommenen Fragen dort (unter § 7) an passender Stelle zusammenhängend und eingehend erörtert werden sollen. Umgekehrt können wir dann im folgenden bei Behandlung des ZGB Literatur und Praxis zu Art. 61 a. OR entsprechend verwerten.

Auf die Frage nach dem haftpflichtigen Subjekt antwortet uns sowohl der französische Code civil als das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch mit einer ganzen Reihe von konkreten Fällen, die, wie wir gesehen haben, nicht lückenlos ist. Von dieser Kasuistik, welche entweder gewagte Konstruktionen zeitigt oder dann den Richter oft wider seinen Willen an den starren Wortlaut des Gesetzes bindet, hat sich nun unser Bundesrecht als erste jüngere Kodifikation durchaus befreit, indem es in Art.61 a.OR lakonisch erklärt:„Wer rechtlich verpflichtet ist, die häuslicheAufsicht über eine Person zu führen, haftet . . . .“ Mit dieser dehnbaren Formulierung, die nicht mehr bloss einzelne Fälle aufzählt, sondern deren wesentliche Merkmale in einem Oberbegriffe vereinigt, stellt sich das Gesetz gegenüber den eben genannten Rechtsordnungen auf eine höhere Stufe. Denn jetzt ist es dem Richter möglich, zwang-

nicht ganz im Gegensatz zur französischen Schuldpräsumtion. Ueber den Unterschied von Erziehung und Aufsicht s. das unter § 7, IV Gesagte.

[6]) Die Haftung im Vertragsverhältnis, wie sie in § 1007 Pr.Ges.B. geordnet ist, kommt für unsere Frage nicht in Betracht.

los eine grosse Anzahl gleichartiger Fälle unter dieselbe Haftungsvorschrift zu subsumieren und damit dem allgemeinen Rechtsempfinden eher Rechnung zu tragen. — Doch mit Beseitigung des einen Misstandes taucht auch schon wieder eine neue Schwierigkeit, nämlich die Frage auf, wer denn zur Aufsichtsführung „rechtlich verpflichtet" sei. Zwar könnte es bei bloss oberflächlicher Prüfung scheinen, der Richter würde durch Art. 61 a. OR einfach auf die einzelnen Gesetzesbestimmungen verwiesen, wo eine derartige besondere Pflicht statuiert wird,[1]) welche Ansicht sich namentlich im französischen Text („Celui auquel incombe l é g a l e m e n t la surveillance . . .") scheinbar bestätigt fände; allein ganz abgesehen davon, dass es niemals die Absicht des Bundesgesetzgebers sein konnte, die prinzipielle Frage der Anwendbarkeit einer so bedeutsamen Rechtsnorm ausschliesslich ins Belieben der Kantone zu stellen, würde das, was der französische Wortlaut zu beweisen scheint, bereits durch den italienischen Text („. . . di cui per rapporti domestici ha la vigilanca . . .") glatt widerlegt. So haben denn Theorie und Praxis eine andere Lösung darin gefunden, dass zur Begründung der Verantwortlichkeit eine besondere gesetzlich sanktionierte Pflicht nicht unbedingtes Erfordernis sei, sondern darauf abgestellt werden müsse, ob im einzelnen Falle nach ortsüblicher Auffassung einer Person die Aufsicht über eine andere tatsächlich zustehe;[2]) ist dies einmal festgestellt, so leitet sich daraus ganz von selbst die „rechtliche Pflicht" her. Denn diese Befugnis zur Beaufsichtigung bringt nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zu deren Gebrauche mit sich.[3])

---

[1]) Aehnlich dem heutigen § 832, Abs. I, des deutschen BGB; übrigens ist bereits jetzt zu betonen, daß entsprechend § 1872 Pr.Ges.B. des Kantons Zürich auch hier nur die Aufsicht, nicht mehr dagegen die Erziehung in Betracht kommt.

[2]) Besonders lehrreich ist ein Entscheid in Bl. f Zürch. Rspr. 11 Nr. 125; Rossel Co., p. 105: „< rechtlich >, ce qui suppose aussi bien une obligation contractuelle qu'une obligation légale"; ebenso Burckhardt, S. 539, der die Fassung „légalement" zu eng findet, Gysler S. 40 und 43, Bieder S. 333 f.; Hafner Art 61, Anm. 1, verweist einfach auf das kantonale Recht.

[3]) Irrig dagegen wäre es, die so gewonnene Umschreibung des Haftpflichtigen zur rechtlichen Grundlage, zum Haftungsprinzip zu machen, wie dies leider vielfach geschehen ist; die beiden Fragen sind gegenteils streng auseinander zu halten: Bezeichnet die erste das v e r a n t w o r t l i c h e S u b j e k t, so bestimmt die zweite, unter welchen V o r a u s s e t z u n g e n dieses einzustehen hat. — Bieder S. 333 vergleicht die Pflicht, die dem Belasteten obliegt, zu Gunsten des Publikums „mit der allgemeinen Rechtspflicht, niemanden durch eigene rechtswidrige Handlung zu schädigen". Ganz ähnlich die Begründung des bereits zitierten Urteils in Bl. f. Zürch. Rspr. 11, Nr. 125: „Aus dem Rechtssatze, daß jedermann sein Verhalten danach einrichten soll, um nicht andern ohne Recht Schaden zuzufügen, folgt vielmehr die Pflicht, von der Befugnis zur Aufsicht Gebrauch zu machen, wenn es ihrer bedarf, damit eine Schädigung anderer verhütet werde . . ."

Angesichts des bestehenden dreisprachigen Gesetzes war dies jedenfalls der beste Ausweg zur Bestimmung der Person des Haftpflichtigen, wenn er auch dem richterlichen Ermessen immer noch genügend Spielraum bot und unter Umständen zu recht weitgehenden Resultaten führen konnte. Trotzdem zweifeln wir keinen Augenblick daran, dass ausserdem sowohl familienrechtlich, als auch obligationenrechtlich, wie endlich sogar öffentlich-rechtlich besondere Aufsichtspflichten gesetzlich vorgesehen sein konnten, in welchem Falle dann naturgemäss jene — fast ausschliesslich kantonalrechtlichen — Bestimmungen ergänzend eingreifen mussten.[4]) Zu dieser Annahme wurde man ja geradezu gedrängt bereits durch den Umstand, dass allein schon die gesetzliche Fixierung in concreto eine im Volksbewusstsein existente Aufsicht, also auch eine Aufsichtspflicht vermuten liess.

Mögen einige praktische Beispiele die rechtlichen Folgen unseres Standpunktes deutlicher illustrieren. — Vor allem gelten natürlich auch nach schweizerischem Recht die Eltern als die ersten Aufsichtspflichtigen gegenüber ihren Kindern und zwar besteht diese Pflicht als allgemeine Rechtsüberzeugung unseres Volkes stets, ohne Rücksicht auf die kantonalen Gesetze, die überdies meistens besondere Regelungen enthalten;[5]) als Haupt der Familie ist vornehmlich verantwortlich der Vater, während bei dessen Verhinderung wohl sofort die Mutter als die rechtlich Verpflichtete erscheinen muss. Gysler S. 41 hat sicher das Richtige getroffen, wenn er je nach dem Alter des Kindes und nach der Beantwortung der Frage: „Wer hat die disziplinarische Gewalt? oder eventuell wer soll dieselbe haben?“ den Vater oder die Mutter haften lässt. Ebenso darf wohl gesagt werden, dass die Aufsicht über heranwachsende Mädchen sehr häufig bei der Mutter liegen wird; doch kann, wie unter anderem das Bundesgericht,[6]) das im übrigen denselben Standpunkt einnimmt, zutreffend entschieden hat, ein bequemer Vater nicht einfach seine primäre Aufsichtspflicht auf die Mutter abwälzen, sondern nur unter bestimmten Bedingungen und selbst dann noch kann er sich eigens verantwortlich machen, wenn er es nämlich an den nötigen Anweisungen und Aufsichtsmassregeln hat fehlen

---

[4]) In Bezug auf familienrechtliche Pflichten zustimmend, Gysler S. 46; ebenso Haberstich Bd. I, S. 177. Jedoch auch bei Vorhandensein besonderer öffentlichrechtlicher Verpflichtungen (Schul- oder Anstaltsreglemente u. a.) mußte wohl das kantonale Recht maßgebend werden; a. M. Bieder, S. 333, der das kantonale Recht überhaupt ausschließt.

[5]) Vgl. u. a. § 157 des alten Thurgauischen privatr. Gesetzbuches v. J. 1860; s. auch Schneider OR., Art. 61, Anm. 4, wo den leiblichen Eltern Pflegeeltern gleichgestellt werden.

[6]) BG. 26 (2), 307 f.; ganz im gleichen Sinn BG. 33 (2), 595 ff., 597.

lassen. Entsprechend der Haftung der Eltern ist eine solche des Vormundes anzunehmen, sofern ihm nur die Aufsicht über den Mündel zusteht.[7]) — Daß Lehrherren für ihre Lehrlinge, Erziehungsanstalten für ihre Zöglinge einstehen, bedeutet für unsere rechtsvergleichende Betrachtung nichts neues; wohl aber die Haftung anderer Anstalten — Irrenhäuser, Gefängnisse z. B. — die von Art 61 a OR. getroffen werden,[8]) während dies nach französichem Recht nicht der Fall war. — Ebenso geht das Schweizer - Gesetz darin bewusst weiter, dass es beispielsweise Verwandte, die ein fremdes Kind faktisch in ihrer Obhut haben, für verantwortlich erklärt. — Die Haftung des Geschäftsherrn für Arbeiter und Angestellte ordnet das alte Obligationenrecht im Gegensatz zu den früheren Kodifikationen in Art. 62 gesondert von der väterlichen Haftung. Demnach untersteht u. E. das Gesindeverhältnis je nach dem Charakter der schädigenden Handlungen entweder Art. 61 oder Art. 62 a. OR, d. h. wenn der Dienstbote, was Regel sein dürfte, als Glied des Haushaltes gehandelt hat, haftet derjenige, der zur Aufsichtsführung „rechtlich verpflichtet" war; arbeitet dagegen der Dienstbote im Geschäft, so wird sein Arbeitgeber als „Geschäftsherr" verantwortlich.[9]) Immerhin kann diese Verantwortlichkeit für die Dienstboten als Hausgenossen selbstredend nie so weit gehen, wie z. B. diejenige des Vaters für seine Kinder. Ebensowenig darf eine Aufsicht über die

[7]) So Gysler, S. 42 f; Rossel CO. bezeichnet als personnes responsables, p. 105, außer dem „détenteur de la puisance paternelle à l'égard des enfants", „le tuteur à l'egard des pupilles." — Keine Haftung hingegen des Ehemannes als solchen für die Ehefrau. Dies nimmt mit Recht die herrschende Auffassung an (so u, a. Schneider OR., Art. 61, Anm. 6, und die dort zit. Entscheide; Rossel, p. 105; Gysler, S. 44 f.). — Das viel kritisierte thurgauische Urteil — abgedruckt in R. 4, 28 —, wo der Mann auf Grund von Art. 61 a. OR. als verantwortlich erklärt wurde für die Wechselzeichnung seiner Frau, erfolgte wohl unter dem Einflusse der s. Zt. in unserem Kantone anerkannten ehemännlichen Vormundschaft (thurg. pr. Ges.B., § 67); dabei wurde aber offenbar übersehen, daß diese letztere im Gegensatz zur gewöhnlichen vormundschaftlichen und elterlichen Gewalt nicht die Pflicht zur Beaufsichtigung in sich schließt. Allein ausnahmsweise könnte ihm gemäß unserer oben entwickelten Auffassung — zwar nicht als Inhaber der ehemännlichen Gewalt, aber als Vorsteher des Haushalts (in casu gemäß § 56 thurg. Pr.Ges.B. als „Haupt der Ehe") — eine Aufsichtspflicht obliegen, wenn z. B. die Ehefrau anormal veranlagt wäre; so wohl auch Burckhardt, S. 539, und Bieder, S. 334.

[8]) Burckhardt, S. 539. — Gerade in solchen Fällen, wo die Internierung vorwiegend zum Schutze der Allgemeinheit geschieht, ist eine strenge Verantwortung durchaus gerechtfertigt; vgl. insbesondere auch Frey, S. 29.

[9]) Gysler, S. 43 f.; a. A. mit Bieder (unten Anm. 12) u. a. auch BG. 30 (2), 434 ff., wo der Gerichtshof allerdings eine Haftung für Dienstboten nach Art. 61 unter besonderen Umständen doch zuläßt, so daß sich seine Ansicht mit der unsrigen insofern deckt, als auch wir nur eine durch die Umstände gebotene Aufsicht verlangen. Dagegen würden wir in solchen Fällen, wo der Dienstbote zum Hause gehört, eine Haftung nach Art. 62 a. OR. rundweg ablehnen.

anderen Personen da verlangt werden, wo sie erfahrungsgemäss nicht mehr notwendig ist.[10])

Das zuverlässigste Kriterium bei der Abgrenzung der väterlichen Haftung im weiteren Sinn von derjenigen des Geschäftsherrn bildet unserer Ansicht nach der Ausdruck „häuslich" in Art. 61 a. OR. Auch hier sind es wieder die verschiedenen Texte, von denen ein jeder Gleichwertigkeit beansprucht, die verschiedene Auslegungen gestatten.[11]) Bei Aufnahme dieses Passus leiteten den Gesetzgeber wohl vorzüglich zwei Gedanken: einerseits — und insbesondere — wollte er damit die soeben angeführte Trennung der beiden Artikel scharf hervorheben, andererseits aber beabsichtigte er unzweifelhaft, neben dieser inneren auch eine äussere Scheidung zu vollziehen, d. h. die strenge Haftung nur dann eintreten zu lassen, wenn zwischen dem Schädigenden und dem Haftenden ein innigeres, nicht ein bloss äusserlich-zufälliges Verhältnis besteht. Letzteres aber kommt nun regelmässig zum Ausdruck in einem gemeinsamen Zusammenleben mit einer über den Beteiligten stehenden, für sie alle Geltung habenden Hausordnung. Mehr darf hinter diesem Worte „häuslich" nicht gesucht werden, auch nicht auf Grund des italienischen Textes; sonst käme man wie B i e d e r dazu, das Dienstbotenverhältnis dem Art. 61 a. OR überhaupt zu entziehen,[12]) wozu wir uns, wie oben gesagt, keineswegs entschliessen könnten. Dass natürlich nicht durch jeden vorübergehenden kurzen Aufenthalt dieses Requisit erfüllt wird, ist begreiflich; ebenso wenig aber ist umgekehrt erforderlich ein ununterbrochenes Zusammenwohnen,[13]) vielleicht sogar mit gemeinsamer Verpflegung,

[10]) So Haberstich, Bd. I, S. 178, der die Folgen einer vernachlässigten Aufsicht nur eintreten läßt, wenn dieselbe als geboten erscheint Wenn er dagegen nachher nur diejenigen Personen für aufsichtsbedürftig erklärt, „deren Einsicht nicht soweit entwickelt ist, um selbst die Folgen einer Handlung zu ermessen," so können wir ihm hierin nicht beipflichten: denn nur zu oft sind sich schädigende Kinder z. B. des Erfolges ihres Handelns vollauf bewußt und trotzdem oder vielleicht gerade deshalb verüben sie, sei es aus Mutwillen, sei es aus Bosheit, die unerlaubte Handlung; auch in solchen Fällen muß notwendig wenn die übrigen Voraussetzungen zutreffen, der Vater, resp. Aufsichtspflichtige einstehen. Uebrigens hätte bei anderer Auslegung die Rückgriffsbestimmung in Art. 63 a. OR. gar keinen Sinn. — Andererseits ist die Volljährigkeit kein absoluter Aufhebungsgrund der Haftung, sondern letztere kann sehr wohl bei Vorliegen besonderer Umstände darüber hinaus fortdauern; u. a. Burckhardt S. 539.

[11]) Den engsten Begriff bringt der italienische Text mit seinen „rapporti domestici", während die französische Bezeichnung des Aufsichtsbedürftigen als „personne de sa maison" dem deutschen „häuslich" näher kommt.

[12]) Bieder S. 332: „die Verantwortlichkeit, welche Art. 61 auferlegt, wird also nicht begründet durch eine beschränkte Aufsicht, wie sie der Dienstherr über das Gesinde ... auszuüben pflegt".

[13]) Rossel CO., p. 105: „.... Il suffit qu'à l'époque où l'acte s'est produit l'auteur ait dû se trouver sous une surveillance résultant de la loi ou de

sondern wir halten dafür, dass selbst ein Kindermädchen, das sich täglich nur einige Stunden im Hause aufhält, oder eine Näherin, die von Zeit zu Zeit auf der sogen. „Stör" arbeitet, für diese Dauer in einer „häuslichen" Beziehung zum Vorgesetzen steht. — Damit wird gleichzeitig auch die Frage der Haftung des Lehrers entschieden. Grundsätzlich haftet er für seine Schüler während der Schulzeit, wenn auch in den oberen Klassen — ebenso unter Umständen bei der besonderen Natur des Unterrichtes — seine Aufsicht und somit seine Verantwortlichkeit verringert wird, eventuell sogar ganz wegfällt.[14])

Die Möglichkeit des Rückgriffes gegenüber dem verantwortlichen Täter ist nach französischem und zürcherischem Vorbilde allgemein anerkannt und in Art. 63 a. OR ausserdem gesetzlich garantiert.

Dies sind die wesentlichen, uns hier einzig interessierenden Punkte im ehemaligen schweizerischen Bundesrecht. Wir haben dadurch sowohl die Fortentwicklung älterer Kodifikationen konstatiert als auch die Grundlage des schweizerischen Zivilgesetzbuches in ihren Richtlinien wenigstens skizziert. — Der Vollständigkeit halber sei nur noch beigefügt, dass in der Beweisregelung das a. OR nicht mehr dem gemeinrechtlichen Prinzip des Zürcher-Gesetzes, sondern scheinbar der Umkehrung der Beweislast des Code civil gefolgt ist.[15])

---

contrat . . . .". A. A. Bieder a. a. O ; Jacottet, manuel du droit fédéral des obligations (1884), p. 48, der ganz allgemein die Bestimmung des a. OR derjenigen des französischen c c. gleichstellt („la même présomption contre les mêmes personnes et pour les mêmes cas"!!), versteht unter häuslicher Aufsicht ausschließlich diejenige über „enfants ou élèves mineurs habitant dans la maison".

[14]) Dieselbe Haftung anerkennt u. a. Schneider OR. Art. 61, Anm. 1; ebenso Rossel CO., p. 105, der für Schädigungen des Kindes während der Schulzeit nicht den Vater, sondern den Lehrer verantwortlich macht (herrschend). Gysler S. 43 zweifelt an der Richtigkeit dieser Ansicht, während sich Bieder S. 334 energisch dagegen ausspricht — entsprechend seiner bereits angeführten Stellungnahme betreffend das Gesindeverhältnis. Auch hat in neuerer Zeit sogar das Bundesgericht einmal erklärt (BG. 38 (2), 473), daß mangels kantonaler Bestimmungen die Aufsichtspflicht des Vaters nicht ausgeschaltet werde durch diejenige der Schulorgane. (!)

[15]) Vgl. jedoch unten § 7, V. und VII.

§ 7.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch

vom 10. Dezember 1907.

I. Stellung des Art. 333 im ZGB.

Ein Blick auf die Geschichte unserer Materie, sowie ihr Charakter als unerlaubte Handlung — sei sie nun ein Delikt i. e. S., sei sie ein blosses Quasidelikt — weisen uns deutlich darauf hin, dass wir es bei der Haftung des Familienhauptes mit einem spezifisch schuldrechtlichen Institute zu tun haben. Ist es doch gerade seine erste Aufgabe, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen „eine Ausgleichung des in der Rechtssphäre des Verletzten eingetretenen Schadens“[1]) durch das Vermögen des Aufsichtspflichtigen zu erfolgen habe.[2])

Es kann uns deshalb nicht wundern, wenn anlässlich der Beratungen zum schweizerischen ZGB Stimmen laut wurden, die den ganzen Artikel über unsere Frage ins OR verweisen wollten,[3]) zumal dort durch Anpassung des Art. 61 a. OR die Neuordnung im Zusammenhang mit der übrigen ausserkontraktlichen Haftung für Drittpersonen geschehen konnte.[4]) Demgegenüber wurde nicht mit Unrecht behauptet, die Vorschrift mit ihrem teils sogar öffentlichrechtlichen Einschlag (vgl. namentlich Art. 333, Abs. II u. III ZGB)[5]) würde im OR als Fremdkörper empfunden werden, während eine Teilung des Artikels der Einheit des Abschnittes über die „Hausgewalt“ schaden müsste; es sei ausserdem am natürlichsten, im Anschluss an die Definition des verantwortlichen Subjektes dessen Haftung zu umschreiben. Schliesslich siegte die letztere Richtung, was dann die grundsätzliche Aufnahme der Bestimmung in das Familienrecht zur Folge hatte, immerhin zunächst nur unter der Voraussetzung, es werde der revidierte

[1]) Liszt S. 2.

[2]) Huber Bd. IV, S. 901, bezeichnet als Zweck und Aufgabe des Obligationenrechts „die Regelung der rein ökonomischen Verhältnisse der Rechtssubjekte untereinander und die Verteilung der Werte als Forderungen und Schulden unter alle am Rechtsleben beteiligten Personen“.

[3]) Exp.-Komm. 1901, S. 331 (Votum Schneider u. a.).

[4]) Schneller, S. 43: „... Die Haftung für Untergebene und Angestellte gehört trotz ihrer im einzelnen etwas verschiedene Normierung im OR. zusammen“.

[5]) Entw.-ZGB. 1900, Art. 359

Art. 61 a. OR dort trotzdem beibehalten werden.[6]) Erst nachträglich, in einer späteren Beratung zur Revision des a. OR, wurde er, nachdem er im Entwurfe zum rev. OR vom Jahre 1905 (Art. 1068) bereits neu aufgenommen worden war, endgültig gestrichen,[7]) so dass es schliesslich einzig bei der Bestimmung des Art. 333 im ZGB blieb.

Mag diese Lösung theoretisch vielleicht nicht ganz einwandfrei sein, so ist sie jedenfalls praktisch vollauf gerechtfertigt und wird kaum zu Zweifeln Anlass geben.[8]) Immerhin ist es durchaus notwendig, bei der Interpretation unserer heutigen Gesetzesvorschrift sich stets auf ihre Entstehungsgeschichte zu besinnen; denn erst bei solcher Betrachtungsweise wird uns manches klar, was sonst leicht missverstanden oder übersehen würde. Dies gilt auch für die nachfolgende materielle Behandlung unseres Themas.

II. Der Aufsichtspflichtige als Haftungsperson.

Mit der Bezeichnung des „Familienhauptes" als verantwortliches Subjekt hat der Zivilgesetzgeber die unter der Herrschaft des früheren Bundesrechts zu manchen Unsicherheiten Anlass gebende Frage lösen wollen, „wer zur häuslichen Aufsicht rechtlich verpflichtet sei".[1]) Denn gleich eingangs des besonderen, auch unsere Vorschrift enthaltenden Abschnitts „Hausgewalt"[2]) wird in Art. 331 ZGB der für das

[6]) Siehe auch hierüber Exp.-Komm. 1901, S. 331.

[7]) Hierzu speziell Hubers redaktionelle Bemerkung in Nat.-R., Bd. 20, S. 332. — Ob freilich Art. 1068 der Entw. OR. v. J. 1905 und 1909 — in der Hauptsache Art. 61 a. OR. entsprechend — durch Art. 333 ZGB. „vollständig ersetzt" wird? (vergl. unt. i. Text).

[8]) Was Burckhardt S. 471 über die Trennung des vertraglichen vom außervertraglichen Schadenersatzrecht trefflich sagt, trifft auch für uns zu: „... Wichtiger als tadellose Systematik ist innere Geschlossenheit des Gesetzes: Sache der Doktrin ist es dann, die zerstreuten Glieder zum lebendigen Ganzen zu vereinigen, und auch die Praxis wird, wenn wir jener Anforderung genügen, ob der äußerlichen Trennung die sachliche Einheit nicht verkennen und ohne Mühe das Zusammengehörige in verschiedenen Räumen suchen und finden".

[1]) Botsch. ZGB. 1904, S. 41. In gleichem Sinne Huber, Erl. Bd. I, S. 273; Nat.-R. Bd. 15, S. 851 (Huber): „... Wenn wir nun die Hausgemeinschaft als besonderes Institut in Ordnung bringen, so läßt sich bestimmen, wem die häusliche Aufsicht obliege und auf dieser Grundlage die Haftung begründen ..."

[2]) In den eidg. Räten stieß dieser ganze Abschnitt auf Opposition Zu Unrecht befürchtete man eine übermäßige Beschränkung der individuellen Freiheit, ja ein welscher Abgeordneter sah darin sogar das Schreckgespenst eines „militärischen Tagesbefehls": Nat.-R. 15, S 852, St.-R. Bd. 15, S. 1224 ff.; demgegenüber bezeichnen Rossel et Mentha Bd. I, S 392, den Abschnitt als „essai bien intentionné mais parfaitement platonique." Mit Begeisterung trat Huber dafür ein (Exp.-Komm. 1901, S. 329, Nat.-R. Bd 15, S. 851 f.); ebenso St.-R., Bd. 15, S. 1224 ff., 1229 f. — Schließlich wurde der Abschnitt in der heutigen — abgeschwächten — Gestalt angenommen; damit dürften auch die gegnerischen Stimmen verstummt sein.

moderne Recht originelle Begriff des Aufsichtspflichtigen näher umschrieben. Danach ist grundsätzlich verantwortlich diejenige Person, die in einem gemeinsamen Haushalte durch Gesetz, Vereinbarung oder Herkommen als Familienhaupt anerkannt ist. — Vorausgesetzt wird also stets ein „gemeinsamer Haushalt", ein Begriff, der, wie wir bereits früher bei Behandlung des a. OR ausgeführt haben,[3]) nicht den engen Sinn des gewöhnlichen Wortgebrauchs hat, sondern insofern darüber hinausgeht, als er auch solche Verhältnisse mitumfasst, wo zwar die Beteiligten nicht eigentlich miteinander „haushalten", jedoch trotzdem durch einen gemeinsamen Wirkungskreis und zum Teil dieselben Interessen einander so nahe verbunden sind, dass gleichsam von einem Personenverbande gesprochen werden kann, dessen Mittelpunkt die allen Beteiligten gemeinsame Beziehung zu einem bestimmten Hause bildet.[4]) Es ist nun sehr leicht denkbar, dass mehrere Personen, obschon sie in gemeinsamem Haushalte leben, gleichwohl kein Familienhaupt haben.[5]) Diesfalls sind die einzelnen einander koordiniert und eine verschärfte Haftung tritt mangels einer besonderen Aufsichtspflicht nicht ein. Steht dagegen an der Spitze eines solchen Haushaltes ein Familienhaupt, so ist dieses als Inhaber der Hausgewalt (Art. 331, Abs. I ZGB) zur Aufsicht „rechtlicht verpflichtet". Diese besondere Stellung einer Person als Familienhaupt begründet ihre Verantwortlichkeit nach Art. 333 ZGB.

Es bleibt uns nunmehr die Aufgabe, die weitere Abgrenzung unseres Begriffes vorzunehmen, d. h. die einzelnen Personen kennen zu lernen, welche dergestalt als haftpflichtig erscheinen. Wir folgen dabei dem ZGB und beschäftigen uns zunächst mit dem „nach Vorschrift des Gesetzes" anerkannten Familienhaupt.

Den Eltern steht grundsätzlich die elterliche Gewalt über ihre ehelichen Kinder gemeinsam zu (Art. 274, Abs. I ZGB), d. h. jeder Ehegatte hat während der Ehe selbständige Aufsichtsbefugnis. Doch ist der Ehemann regelmässig nach Art. 160, Abs. I ZGB „Haupt der Gemeinschaft", also Familienhaupt im Sinne von Art. 333 und als solches für Schädigungen

---

[3]) Oben S. 23.

[4]) Rossel et Mentha, Bd. I, p. 392: „...[ménage commun], une famille partageant la même demeure, vivant de la même vie et dont le cercle peut être plus ou moins large.." ; Curti, Art. 331, Anm. 1; Egger, Art. 331; Anm. 1a: „Von entscheidender Bedeutung ist die rechtliche und tatsächliche Stellung der betreffenden Personen".

[5]) In den Entwürfen begründete das Zusammenleben bestimmter Personen — abweichend von der heutigen Regelung eo ipso auch die „häusliche Gemeinschaft" (Entw. ZGB. 1904, Art. 338).

[6]) Egger, Art. 331, Anm. 1c.

seiner Kinder nach aussen allein verantwortlich.[6]) Trotzdem hat auch während dieser Zeit die Mutter Aufsichtspflichten und ihre Haftungspflicht ruht nur so lange, als der Ehemann verantwortungsfähiges Familienhaupt ist. Trifft dies nicht mehr zu, erscheint also z. B. der urteilsunfähige Ehemann gar nicht mehr als Haupt der Gemeinschaft oder ist er zufolge Altersschwäche, körperlichen Leidens, entschuldbarer Abwesenheit und dergleichen nicht imstande, seine Aufsicht auszuüben, so muss notwendig als Familienhaupt kraft Gesetzes erscheinen entweder das Elternpaar oder, was in solchen Fällen häufiger sein wird, die Mutter allein; denn letztere ist ihrem Ehemann prinzipiell gleichgestellt.[7]) Wird die eheliche Gemeinschaft durch Tod, Scheidung oder Trennung aufgehoben, so trifft die Haftung denjenigen Elternteil, der Inhaber der elterlichen Gewalt wird und mit den Kindern gemeinsamen Haushalt führt.[8]) Aehnlich verhält es sich im ausserehelichen Kindesverhältnis, wo in der Regel die Mutter, möglicherweise — bei freiwilliger Anerkennung oder Zusprechung des Kindes mit Standesfolge[9]) — aber auch der Vater als Familienhaupt gelten wird. Eine derjenigen der leiblichen Eltern entsprechende Haftung ist aufzustellen für die Adoptiveltern; sie sind für ihr angenommenes Kind ausschließlich verantwortlich. Es ergibt sich dies nicht nur aus Art. 268, Abs. II ZGB, sondern schon daraus, daß mit der Adoption die frühere Hausgemeinschaft natürlicherweise ein Ende nimmt. [10])

Falsch wäre es allerdings, mit dem Verluste der elterlichen Gewalt ganz allgemein den Wegfall der Verantwortlichkeit annehmen zu wollen. Denn nur in dem Falle, wo mit der Entziehung der Gewalt gemäss Art. 285 ZGB auch eine Versorgung der Kinder nach Art. 284 ZGB verbunden ist, entfällt ohne weiteres die Aufsichtspflicht, in allen anderen Fällen dagegen wird der Elternteil zwar häufig, jedoch nicht notwendig, mit dem Verlust seiner Gewalt zugleich die Eigenschaft als Familienhaupt einbüssen.[11])

---

[7]) Dies ist ja gerade der ungeheuere Fortschritt des ZGB. auf diesem Gebiete gegenüber den kantonalen Rechten; vgl. ZGB., Art. 274, Abs. I u. III. — Bei diesem Anlasse sei auch an die sichernden Maßnahmen zum Schutze der Gemeinschaft des Art. 169 ZGB. (für unsern Fall z. B. Entziehung der Entscheidungsbefugnis des Ehemannes als Haupt der Gemeinschaft) erinnert.

[8]) Art. 274, Abs. III in Verb. mit Art. 156, Abs. I ZGB. — Prax. BG. 4, Nr. 62. — Betreffend die Folgen der Wiederverheiratung s. Art. 286 ZGB.

[9]) Art. 224, spez. Abs. II und III, und 325 ZGB.

[10]) Doch kann solche möglicherweise mit Fortfall der elterlichen Gewalt des Adoptierenden wieder neu aufleben. Vgl. Art. 269 ZGB. betr. Aufhebung der Kindesannahme.

[11]) Sehr oft wird ja solchen Falls die Leitung der häuslichen Gemeinschaft auf den andern Elternteil, resp. eine Ersatzperson, evtl. den Vormund übergehen; abgesehen aber von dieser Möglichkeit bleibt der betr. Elternteil Familienhaupt (so Curti, Art. 331, Anm. 3, Egger, Art. 285, Anm. 2b).

Auch der Vormund[12]) muss als Familienhaupt angesehen werden, wenn er den aufsichtsbedürftigen Mündel in seinen Haushalt aufnimmt, während dies von der blossen Beistandschaft (Art. 392 ff. ZGB) nie gesagt werden kann.

Ausser solchen zivilrechtlichen Vorschriften können es namentlich Staat und Gemeinden sein, die in öffentlichrechtlichen Spezialgesetzen zur Beaufsichtigung ihrer Anstalten besonders verantwortliche Personen bezeichnen.[13]) Auch müssen sich solche verwaltungsrechtliche Bestimmungen nicht unbedingt auf öffentliche Anstalten beschränken, sondern können sehr wohl ähnliche private Betriebe treffen, z. B. private Lehranstalten, Erholungsheime für Nervenkranke u. a. Wenn die Haftpflicht solcher Aufseher nicht bereits durch das öffentliche Recht erschöpfend geordnet ist, so muss u. E. unzweifelhaft Art. 333 ZGB in diese Lücke treten.[14]) M. a. W. wo ein Gesetz in irgend einer Form[15]) ein Familienhaupt in unserem Sinne voraussetzt, tritt, sofern nicht andere Vorschriften Platz greifen, die besonders strenge zivilrechtliche Verantwortlichkeit ein.

Dasselbe gilt für ein durch Vereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend anerkanntes Familienhaupt,[16]) sei es nun, dass der primär zur Aufsicht Verpflichtete seine Verantwortlichkeit auf einen anderen überträgt, sei es, dass sich eine aufsichtsbedürftige Person einer Hausgemeinschaft vertragsmässig unterwirft. Im ersteren Falle wird es sich zumeist handeln um die Haftung der Lehr- und Heilanstalt, des Institutsvorstehers, der Pflegeeltern, des Lehrherrn, im letzteren dagegen vorwiegend um diejenige des Dienstherrn z. B. für Dienstboten oder Gesellen.[17])

Schliesslich bleibt, wenn uns weder Gesetz noch Vereinbarung Auskunft erteilt, für die Bestimmung des Familienhauptes das Herkommen maßgebend.[18]) Dieses Herkommen,

---

[12]) Art. 405 u. 406 in Verb. mit Art. 333 ZGB.

[13]) Es seien u. a. nur erwähnt: Schulanstalten, Konvikte, Kindergärten, Kinderheime, Krankenhäuser, Altersasyle, Besserungs- und Zwangsarbeitsanstalten, Zuchthäuser.

[14]) Huber, Erl. Bd. I, S. 272 f.; undeutlich Rossel et Mentha, Bd. I, p. 392.

[15]) Verlangt wird nicht ein Gesetz im juristisch-technischem Sinn, sondern es genügt wohl jeder durch die kompetente Behörde auf verfassungsmäßigem Wege zustande gekommene Erlaß (Verordnungen, Dekrete u. dergl.).

[16]) Typisch hierfür ist das Haupt der Gemeinderschaft (Art. 341 ZGB).

[17]) Damit hat das Gesetz die unter dem Regime des a. OR. waltende Kontroverse — oben § 6 — endgültig gelöst.

[18]) Das Herkommen kann u. E. sowohl auf den Ortsgebrauch als die Uebung (Art. 5, Abs. II ZGB.; Pfenninger S. 50) zurückgehen. Wenn wir im

das bereits unter der Herrschaft des a. OR oft wegleitend war, wird auch unter dem neuen Recht seine wohltuende Wirkung äussern und in zahlreichen Fällen, wo mangels eines formell bestellten Familienhauptes die strenge Haftung nicht eintreten könnte, das verantwortliche Subjekt bezeichnen. Wir können uns solche Verhältnisse, wo nach der Rechtsüberzeugung unseres Volkes die rein tatsächlichen Beziehungen bestimmter Personen eine Hausgewalt fordern, sehr gut vorstellen und finden derartige Fälle, denen man einzig unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs gerecht wird, in jedem Kreise unserer Gesellschaft. Wenn E g g e r[19]) ein übungsgemäss anerkanntes Familienhaupt durchwegs da als vorhanden annimmt, „wo ein gemeinsamer Haushalt vorliegt, der nach seiner organisatorischen Art, Bedeutung und Ausdehnung einer einheitlichen Leitung nicht entbehren kann" (Hotelbetriebe, Krankenhäuser, Schul-, Erziehungsanstalten etc.), so gilt dies zweifellos auch für bescheidenere Verhältnisse und gerade im einfachen bäuerlichen Leben, wo oft mehrere Generationen auf demselben Heimwesen beisammen wohnen, ist das Bedürfnis nach einer solchen zentralen Hausgewalt heute noch recht ausgeprägt.[20])

Durch diese dreifache Möglichkeit der Bestellung eines Familienhauptes ist es denkbar, dass eine Person, die z. B. kraft Gesetzes als Vater die Hausgewalt über ihre Familie innehat, ihrerseits wieder als Hausgenosse einer grösseren Gemeinschaft erscheint und einem anderen ihr übergeordneten Gliede untersteht, dem vielleicht als Aeltestem herkömmlicherweise die Leitung der Hausgemeinschaft zukommt. Doch ergeben sich hieraus u. E. keine Schwierigkeiten, da als Inhaber der Hausgewalt immer nur dasjenige Subjekt in Betracht kommen kann, das — gleichviel unter welchem Titel — als Familienhaupt

---

Texte den einen oder anderen dieser beiden Ausdrücke gebrauchen, so ist darunter ein „Herkommen" im Sinne von Art. 331 ZGB. zu verstehen.

Pfenninger nennt die Berücksichtigung des Herkommens S. 59 „eine Konzession an die Vergangenheit, die unsichtbar mit uns lebt" (wir möchten hier den Nachdruck auf den 2. Teil des Satzes verlegen und darin durchaus in erster Linie ein Postulat unseres m o d e r n e n Rechtsempfindens erblicken; sollte die Bestimmung lediglich ein alter Zopf sein, dann allerdings hätte sie — wie Curti, Art. 331, Anm. 5 bemerkt, — keine Existenzberechtigung im ZGB. mehr).

[19]) Egger, Art. 331, Anm. 1 c, welcher übrigens im allgemeinen ebenfalls der in der vorigen Note vertretenen weiteren Auffassung zu sein scheint.

[20]) Bezeichnend hierfür ist, daß bei den Gesetzesberatungen Hubers Anträge für eine besondere Ordnung der Hausgewalt namentlich von landwirtschaftlicher Seite aufs eifrigste unterstützt wurden (siehe z. B. Exp.-Komm. 1901, S. 329 f.). — Häufig kommt es bei uns vor, daß der das Gut bewirtschaftende verheiratete Sohn an der Spitze des ganzen Haushalts steht und somit seine Eltern und Großeltern unter Umständen seine Hausgenossen sind. Hierzu ferner Rossel et Mentha, Bd. I, pag. 392: „. . . en vertu de l'usage s'il était investi de l'autorité domestique en qualité de frère aîné, de parent le plus âgé etc."

legitimiert ist, nicht aber zugleich kraft Gesetzes, Vereinbarung oder Herkommens als Hausgenosse behandelt werden muss. M. a. W. bei scheinbarer Konkurrenz mehrerer Haftungspersonen in derselben Hausgemeinschaft ist stets auf den weitesten Begriff, d. h. auf denjenigen Rechtsgrund des „Familienhauptes" abzustellen, der den grössten Kreis von Hausgenossen umfasst.

Dass sowohl physische als auch juristische Personen rechtlich gegebenenfalls Familienhaupt sein können, ist bereits im Verlaufe der Untersuchung, zumal durch die wiederholte Erwähnung von aufsichtspflichtigen Anstalten und anderen Grossbetrieben, ersichtlich geworden.[21]) Es erhellt dies schon daraus, dass, abgesehen von der angegebenen gesetzlichen Umgrenzung, für den Begriff besondere Erfordernisse nicht verlangt werden.[22]) —

Im Vergleiche mit dem früheren Bundesrecht lässt sich sagen, dass die Bestimmung des Aufsichtspflichtigen nach ZGB zwar präziser ist als im a. OR, sich jedoch inhaltlich mit der dortigen Regelung, wie sie in der Praxis Aufnahme gefunden hat, im allgemeinen deckt.

III. Der Aufsichtsbedürftige als Schädiger.

Wir gehen auch hier von der Hausgemeinschaft aus und fragen uns zunächst, wer überhaupt der Hausgewalt unterstellt sei; erst nachher ist zu untersuchen, welche von diesen Personen derart aufsichtsbedürftig sind, dass das Familienhaupt für ihre schädigenden Handlungen nach Art. 333 verantwortlich gemacht werden kann.

Wenn einmal in einem gemeinsamen Haushalte ein Familienhaupt anerkannt ist, so sind kraft Gesetzes (Art. 331, Abs. II ZGB) Hausgenossen alle diejenigen, welche „als Blutsverwandte und Verschwägerte oder auf Grund eines Vertrags-

[21]) Inwieweit der verantwortliche Inhaber, d. h. der Rechtsträger solcher Anstalten seine Aufsichtspflicht Dritten übertragen kann, ist unten (IV) zu behandeln.

[22]) Egger, Art. 331, Anm. 1 b, verlangt überdies Urteilsfähigkeit, was nach unserer Ansicht jedoch nicht notwendig ist: Der Charakter eines Familienhauptes kann nicht eo ipso mit eintretender Urteilsunfähigkeit — letztere braucht ja für den Laien nicht einmal wahrnehmbar zu sein —, sondern erst dann verloren gehen, wenn auch die vom ZGB. ausschließlich erforderten Requisite nicht mehr vorliegen, sei es, daß der gemeinsame Haushalt überhaupt aufgehoben wird, sei es, daß Gesetz, Vereinbarung oder Herkommen im einzelnen Falle dem bisherigen Familienhaupte diese Eigenschaft aberkennen, resp. an dessen Stelle einen anderen Aufsichtspflichtigen bezeichnen. Einerseits entspricht dies, wie noch zu zeigen sein wird, einzig den Interessen des Publikums, andererseits werden diejenigen der Hausgenossen dadurch genügend gewahrt, daß diese entweder selbständig vorgehen können oder in anderen Fällen die Behörden von amteswegen einschreiten (s. u. a. Art. 283 ff. 369, Abs. II ZGB).

verhältnisses als Dienstboten, Lehrlinge, Gesellen oder in ähnlicher Stellung in dem gemeinsamen Haushalte leben". Diese Fassung will uns sagen, dass ausser denjenigen, welchen gegenüber der Inhaber der Hausgewalt kraft Gesetzes, Vereinbarung oder Herkommens als Familienhaupt erscheint, auch diejenigen Personen gemeint sind, die sich bloss tatsächlich in der Hausgemeinschaft aufhalten.[1]) Wir haben es also in Art. 331, Abs. II ZGB mit einer neuen, selbständigen, dem Art. 331, Abs. I ZGB durchaus gleichgestellten Vorschrift zu tun, die bei Vorhandensein eines Familienhauptes von sich aus sofort in vollem Umfange praktisch wird; sollte es sich nämlich nur um eine genauere Umschreibung der in letzterer Bestimmung genannten Personen handeln, so wäre Art. 331, Abs. II ZGB entweder überflüssig oder dann zum mindesten recht irreführend.[2])

Als Hausgenossen im Sinne von Art. 333 kommen somit für uns in Betracht Kinder gegenüber ihren Eltern,[3]) Mündel gegenüber dem Vormund, Schüler gegenüber dem Erziehungsinstitut, Patienten gegenüber der Heilanstalt, Sträflinge gegenüber der Versorgungsanstalt; ebenso gehören hierher regelmässig schon vertragsgemäss Pfründer gegenüber ihren Pfrundgebern, Pflegekinder gegenüber ihren Pflegeeltern, Lehrlinge gegenüber den Lehrherren, das Gesinde gegenüber seiner Herrschaft[4]) und endlich kraft Herkommens auch andere Verhältnisse (so unter Umständen Blutsverwandte und Verschwägerte, Patienten, Zöglinge, Erziehungs- und Besserungsbedürftige, Angestellte und Hilfspersonal — selbst da, wo weder Gesetz noch Vertrag auf ein Familienhaupt hinweist). Soweit haben wir lediglich die Parallele zum Begriff des Aufsichtspflichtigen und können deshalb zurückverweisen auf unsere Ausführungen oben unter II. Allein unsere Ueberlegung führt uns weiter, in-

[1]) Die französische Uebersetzung des Ausdrucks „Hausgenossen": personnes vivant en menage commun"; italienisch: „membri della comunione" (Art. 332 ZGB.). — Huber Erl., S. 272: „Die Hausgewalt umfaßt alle in der häuslichen Gemeinschaft befindlichen Personen" (auf Mündigkeit, Stand, Verwandtschaft etc. kommt nichts an). Egger, Art. 331, Anm. 2 c i. f.

[2]) Insbesondere würde dies dem sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes widersprechen (vgl. u a. Art. 332, Abs. I und II, 684 ZGB.).

[3]) Die Ehefrau dagegen steht nicht ohne weiteres unter der Hausgewalt ihres Mannes. Sie hat vielmehr mit letzterem trotz seiner Eigenschaft als Haupt der ehelichen Gemeinschaft grundsätzlich die gleichen Rechte; so Rossel et Mentha, Bd. I, p. 392. Zuzugeben ist dabei, daß der Mann ebensogut wie die Ehefrau durch Verlust des Charakters als Familienhaupt zum Hausgenossen werden kann (unten Anm 10). — Wenn Egger, Art. 331, Anm. 2 b die Ehefrau sogar als Hausgenossin „kraft Familienrechtes" anerkennt, in Art. 333, Anm. 2 b, dann aber die Haftung für die Ehefrau kurzerhand abweist, so liegt darin offenbar ein Widerspruch.

[4]) Rossel et Mentha, Bd. I, p. 392, III, p. 92 (oben II, Anm. 16). Zu dieser Kategorie gehört wohl regelmäßig auch das sog. „Mädchen für alles".

dem sie die Hausgewalt des Familienhauptes, sofern nur der Untergebene in solcher oder „ähnlicher Stellung" im gemeinsamen Haushalte lebt, auch da zulässt, wo das blosse Verhältnis zwischen ihm und dem Leiter allein ein „Familienhaupt" gar nicht mehr rechtfertigte. So kommen wir denn dazu, u. a. auch Ferienkinder während ihres Aufenthaltes im Haushalte von Verwandten, Schulkinder als Spielkameraden im fremden Hause, Erholungsbedürftige, die täglich einige Stunden bei einem Wohltäter zubringen, grundsätzlich ebenso zum Kreise der Hausgenossen zu zählen, wie dies sogar für private Hilfspersonen geschehen muss, z. B. in Bezug auf Wasch- und Putzfrauen, Plätterinnen und Näherinnen, solange sie nicht als „Angestellte oder Arbeiter" im Sinne von OR Art. 55 tätig sind. — Indem durch die heutige Fassung im ZGB dem Richter in diesem Punkte neuerdings grosse Freiheit gelassen wird, werden wir unwillkürlich an das frühere OR erinnert und können nur aufrichtig bedauern, wenn der elastische Art. 331, Abs. II ZGB die deutlichen Grenzen, die wir mit der Bestimmung des Familienhauptes als aufsichtspflichtigem Subjekt glaubten erreicht zu haben, wenigstens zum Teil wieder verwischt.[5])

Diese im obigen besprochenen Personen, die der Hausgewalt unterworfen sind, interessieren uns nun ganz besonders insoweit, als sie auch aufsichtsbedürftig sind. Denn nur dann erlangt Art. 333 praktische Bedeutung. Nur im Falle der Notwendigkeit einer besonderen häuslichen Aufsicht soll auch eine besondere Haftung des Familienhauptes eintreten. Man wäre daher logischerweise versucht, zu schliessen, dass die Bezeichnung der Personen, für die eingestanden werden muss, gleichzeitig eine vollständige Aufzählung der besonders Aufsichtsbedürftigen enthalte; doch würde man sich mit dieser Vermutung bald getäuscht sehen angesichts des Wortlautes im ZGB, welches das Familienhaupt haften lässt für Schaden, den „ein unmündiger oder entmündigter, ein geistesschwacher oder geisteskranker" Hausgenosse verursacht.

Dass die Unmündigen[6]) zuerst genannt werden, kann uns nach den Erfahrungen, die wir im Verlaufe unserer geschichtlichen Betrachtung gemacht haben, kaum auffallen. Waren doch seit den germanischen Zeiten[7]) stets sie diejenigen, für welche

---

[5]) Mit Weglassung des Abs. II in Art. 331 hätte man der Sache wohl besser gedient.

[6]) Vgl. Art. 14 ZGB. — Für Mündige wird nicht gehaftet, es läge denn ein anderer gesetzlicher Grund vor.

[7]) Dort, wie im gemeinen Recht kannte man jedoch noch keine bestimmte Altersgrenze, mit welcher die Haftung wegfiel.

eine intensive Aufsicht als unerlässlich erachtet wurde. Anschliessend an das zürcherische Privatrecht und das frühere schweizerische OR stellt das ZGB diesen unmündigen — entgegen der herrschenden Richtung in Frankreich — die geistesschwachen und geisteskranken[8]) Hausgenossen gleich, und zwar behandelt es die Art der Beaufsichtigung gerade in Bezug auf diese Personen besonders eingehend[9]) und erreicht dadurch eine Gründlichkeit, die unseren heutigen Bedürfnissen vollkommen entspricht. Wenn das Gesètz dagegen als Voraussetzung der Haftung für einen Hausgenossen vorbehaltlos dessen Entmündigung[10]) anführt, so geht es darin wohl zu weit. Denn wenn wir die Entmündigungsgründe im einzelnen durchgehen, so erkennen wir, das ein Hinweis auf die Entmündigung zufolge Trunksucht, lasterhaften Lebenswandels oder Freiheitsstrafe jedenfalls vollauf genügt hätte. Was die beiden erstgenannten Entmündigungsgründe betrifft, so rechtfertigen diese eine erhöhte Aufsichtstätigkeit unbedingt, gleich der Geisteskrankheit und Geistesschwäche, die ja ihrerseits ohne Rücksicht auf die formell erfolgte Entmündigung die Verantwortlichkeit des Familienhauptes begründen. Ebenso begreift man, wenn der zu längerer Freiheitsstrafe Verurteilte als „aufsichtsbedürftiger Hausgenosse" erscheint, und es wird dies auch regelmässig bereits durch das öffentliche Recht näher geordnet sein; jedenfalls aber bedarf es angesichts der subsidiären Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Vorschriften in dieser Richtung hier gleichfalls einer ausdrücklichen Bestimmung.[11]) — Dagegen können wir eine Haftung für den Hausgenossen, der auf eigenes Begehren hin entmündigt worden ist, nicht ohne weiteres, bei Entmündigung wegen Unerfahrenheit de lege ferenda überhaupt

---

[8]) Betr. die Abgrenzung der Geisteskrankheit als „krankhafter Störung der psychischen Funktionen" von der Geistesschwäche als bloßer „geistiger Unentwickeltheit" vgl. Eggers Ausführungen zu Art. 369 und Egger, Personenrecht S. 46 ff., sowie die dort zit. Lit. — Eine reinliche Scheidung ist oft kaum möglich; hier sei nur hervorgehoben, daß die bloße landläufige Dummheit (Mangel an Bildung), oder gewöhnliche Beschränktheit noch nicht zur Entmündigung führt.

[9]) Vgl. betr. Umfang und Art der Beaufsichtigung das unter IV im folgenden Bemerkte.

[10]) Art. 369 ff. ZGB.

[11]) Beizufügen wäre, daß auch im Falle einer bedingten Entlassung die Entmündigung vorläufig fortdauert (Art. 432 ZGB), so daß also an die Stelle der Anstalt unter Umständen ein anderes Familienhaupt, möglicherweise die Ehefrau, resp. der Ehemann tritt. — Ob nicht auch bei kürzeren Freiheitsstrafen, wo unser Gesetz versagt (unten Anm. 16) gelegentlich eine gesteigerte Verantwortlichkeit angezeigt wäre?

nie gutheissen.[12]) Keinen inneren Grund für eine qualifizierte Haftung des Familienhauptes scheinen uns ferner zu enthalten Verschwendungssucht und Misswirtschaft, die schliesslich einzig auf ein unvernünftiges, liederliches Haushalten mit den eigenen Mitteln hinauslaufen und namentlich im Interesse des zu Entmündigenden selbst und seiner Familie zur Bevormundung führen, während sie regelmässig eine besondere Neigung zu Schädigungen gegenüber der Aussenwelt nicht zur Folge haben.[13])

Wir hätten entschieden vorgezogen, statt die Entmündigung durchwegs zu dem die Verantwortlichkeit rechtfertigenden Moment zu stempeln, eine allgemeinere Formel aufzunehmen, wonach für alle diejenigen Hausgenossen gehaftet werden sollte, welche erfahrungsgemäss gegenüber ihrer Umgebung erhebliche Gefahren befürchten lassen. Eine auf solcher Grundlage geschaffene Fassung hätte sich gewiss bewährt; sie würde trotz ihrer grösseren Elastizität dem Richter engere Grenzen vorschreiben, als sie ihm heute, wie oben dargestellt worden ist, beispielsweise für die Bestimmung des „Hausgenossen" gezogen sind und ausserdem jeweilen bei Würdigung des Entlastungsbeweises noch eine angemessene Korrektur erfahren.[14]) Angesichts der für unser Gesetz geradezu typischen Tendenz, nicht willkürlich nur einzelne Fälle zu ordnen, sondern mit jeder Rechtsnorm möglichst alle gleichgearteten Verhältnisse zu treffen und den Richter auf sein „freies Ermessen" zu verweisen, ist die im ZGB getroffene Umschreibung des Aufsichtsbedürftigen umso merkwürdiger. Sie bildet u. E. den wunden Punkt in Art. 333, zumal seine genau präzisierte Ausdrucks-

---

[12]) Der Gesetzgeber müßte hier mindestens von Fall zu Fall unterscheiden: Die Unerfahrenheit kann deshalb nicht in Betracht kommen, weil wir es hier in der Regel mit ganz normalen Durchschnittsmenschen — namentlich alleinstehenden Frauen — zu tun haben, für die doch eine verschärfte Haftung absolut nicht am Platze ist; die Altersschwäche aber wird, sofern sie derart vorgeschritten ist, sowieso zur Entmündigung — ohne eigenes Begehren — führen, so daß schließlich nur noch die „andern" — körperlichen — „Gebrechen" übrig blieben, für die meistens wenigstens ebenfalls keine besondere Haftung begründet sein dürfte.

[13]) Es handelt sich hier gegenteils sehr oft um die harmlosesten und gutmütigsten Menschen. Man denke z. B. an Künstlernaturen und andere Originale, die in ihrer „Großzügigkeit" Dritten gegenüber nicht selten geradezu als „Wohltäter" erscheinen!

[14]) Setzen wir beispielsweise den Fall, der Richter käme bei der vorgeschlagenen Fassung einmal dazu, — entgegen dem Willen des Gesetzgebers — die Haftung des Familienhauptes für einen Hausgenossen grundsätzlich da zuzulassen, wo letzterer, obwohl nicht notorischer Trinker, ganz ausnahmsweise einmal in betrunkenem Zustande einen Dritten schädigt, so müßte wohl schließlich trotzdem der gelungene Entlastungsbeweis des Beklagten zur Abweisung der Klage führen.

weise eine Analogie auf „andere Personen von der gleichen Gefährlichkeit und Aufsichtsbedürftigkeit“[15]) (z. B. nicht-entmündigte, geistig normale, jedoch dem Trunke ergebene oder zu Ausschweifungen und Delikten neigende Hausgenossen) leider nicht gestattet,[16]) da aus einem Rechtssatz nur dann weitere spezielle Regeln abgeleitet werden dürfen, wenn der Gesetzgeber lediglich das seiner Norm zugrunde liegende allgemeine Prinzip andeutet, auf eine abschliessende Fixierung der einzelnen Fälle aber verzichtet.

IV. Begriff und Mass der Aufsichtspflicht.[1])

Wie bereits die Ueberschrift verrät, spricht das ZGB übereinstimmend mit der früheren Zürcher-Kodifikation und dem a. OR, aber in schroffstem Gegensatz zum germanischen und speziell zum französischen Recht[2]) nicht mehr von der Erziehung, sondern ausschliesslich von der Beaufsichtigung.[3]) Diese praktisch-wichtige Unterscheidung, die sowohl den Kreis der haftpflichtigen Personen als auch ganz besonders den Inhalt des Entlastungsbeweises beeinflusst, kann nicht genug hervorgehoben werden, weshalb wir sie am besten zum Ausgangspunkte für unsere Begriffsbestimmung wählen. Sehr häufig wird es allerdings vorkommen, dass dem Erziehungspflichtigen gleichzeitig auch die Beaufsichtigung obliegt, wogegen umgekehrt mit letzterer regelmässig nicht schon eine Erziehungspflicht verbunden ist. Zwar wird die Erziehung, wie wir noch sehen werden, bei Bestimmung der erforderlichen Aufsicht eine

---

[15]) Egger Art. 333, Anm. 2 b.

[16]) So offenbar auch Burckhardt, S. 539, der übrigens vorher mit Recht bemerkt, daß wohl „die Schwierigkeit der Bestimmung“, welche Personen der häuslichen Aufsicht (a. OR., Art. 61) bedürfen zur Aufstellung dieser Norm im ZGB. geführt habe; vgl. ferner Tuor, S. 209 (sehr enge Auffassung!). — Rossel et Mentha, Bd. III, p. 91, beruhigen sich damit, daß man solchen Fällen trotzdem gerecht werde „en interprétant rationellement les articles 41 et suiv. du Code rev. des. obligations“, was sich vielleicht für die französische, jedoch noch nicht für unsere Schweizer-Praxis sagen läßt.

[1]) Wenn im folgenden von der Aufsichtspflicht als pars pro toto gesprochen wird, so ist darunter lediglich der Mindestinhalt des Entlastungsbeweises zu verstehen. Ob dagegen ausschließlich bei Verletzung einer Pflicht, d. h. nur bei Vorliegen eines Verschuldens gehaftet wird, werden wir später (unten VII) untersuchen.

[2]) Vgl. oben § 4. — Ein „relâchement de la discipline domestique“ im französischen Sinne ist unserm Recht vollständig fremd.

[3]) So auch in § 832 d. deutsch, BGB.; vgl. hierzu Riedel S. 693, Masur S. 47 ff., Ruhl S. 52 ff. u. d. dort zit. deutsche Literatur. Unklar ist die Ausdrucksweise von Jerusalem S. 46. — § 1631 BGB. unterscheidet deutlich zwischen Erziehung und Beaufsichtigung.

nicht zu unterschätzende Rolle spielen,[4]) während sich andererseits das Familienhaupt dadurch, dass es eine im allgemeinen gute Erziehung nachweist, ohne jedoch die Beobachtung der ihm gesetzlich auferlegten Aufsichtspflicht darzutun, nicht zu befreien vermag.[5]) Die die beiden Begriffe charakterisierenden und gleichzeitig unterscheidenden Momente sehen wir teils in ihren Grundlagen, teils in den Zwecken, die hier und dort verfolgt werden: Die Erziehung hat ihren Ursprung in der Moral und ist gesetzlich sanktioniert im Familienrecht, die Aufsicht aber ist ein Ausfluss des Gemeinschaftslebens, mehr sozialer Natur und kommt rechtlich zum Vorschein in obligatorischen Verhältnissen. Bei der Erziehung steht im Vordergrund das Interesse des Erziehungsbedürftigen, aus dem man einen tüchtigen Menschen machen will, während durch die Beaufsichtigung vorwiegend die Interessen des weitern Publikums gewahrt werden sollen, wenn auch daneben diejenigen des Untergebenen gleichfalls Berücksichtigung finden können.[6])[7]) Erblickt also die Erziehung ihre Aufgabe darin, das Existentwerden von übeln Anlagen in einem Menschen überhaupt zu verhüten, so ist es Sache der Beaufsichtigung, in die Lücken dieser Erziehung zu treten, d. h. da, wo sich trotzdem solche gefährliche Neigungen bemerkbar machen, ihrer für die Aussenwelt schädlichen Verwirklichung entgegenzutreten, resp. überhaupt jede Möglichkeit einer Schädigung zu verhindern. M. a. W. die Aufsichtspflicht im Sinne von Art. 333 ZGB ist die dem Familienhaupte gesetzlich überbürdete Verpflichtung, die ihm unterstellten aufsichtsbedürftigen Hausgenossen im einzelnen Falle von einer schädigenden Handlung abzuhalten. — Soviel über den Begriff der Aufsicht, dessen Gegensatz zur Erziehung damit klargestellt sein wird.

Auf dieser Grundlage gelangen wir zum Umfang der beschriebenen Aufsichtspflicht, wobei wir uns auf eine ziemlich reichhaltige und im grossen Ganzen recht erfreuliche Gerichtspraxis stützen können. Denn nicht nur kommt hier unsere schweizerische Praxis — die kantonale wie die eidgenössische — in Betracht, sondern es darf auch gelegentlich auf die aus-

---

[4]) Siehe unten im Text. Ebenso Masur S. 49 f.

[5]) Bl. f. handelsr. Entsch. 7, 73 (R. 6, Nr. 43): Sehr richtig wird hier hervorgehoben, daß ein Mangel an gehöriger Erziehung durch den Kläger nach den gewöhnlichen Beweisregeln darzutun sei.

[6]) „Auch sie — die Aufsichtspflicht — wurzelt zum Teil . . . auf sittlichem und familienrechtlichem Gebiet; soweit sie nämlich im Interesse des Aufsichtsbedürftigen selbst besteht" (Ruhl S. 52).

[7]) Ganz besonders betont wird diese Seite der Aufsicht von Nöldecke S. 781. Im ZGB. hat sie in Bezug auf geisteskranke oder geistesschwache Hausgenossen teilweise gesetzliche Sanktion erhalten (Art. 333. Abs. II).

ländische,[8]) namentlich die deutsche Rechtsprechung verwiesen werden, wo zum Teil dieselben Fragen die Gerichte beschäftigten. — Ein allgemeines Prinzip zu geben, wonach im einzelnen schablonenhaft der Umfang der Beaufsichtigung bestimmt würde, ist uns angesichts der Vielgestaltigkeit aller denkbaren Verhältnisse nicht möglich. Ein solcher Versuch bliebe stets unbefriedigend und wertlos; er könnte nur den kleinsten Teil der zu berücksichtigenden Fälle treffen. Daher möge es hier genügen, die Grundgedanken anzuführen, die auch für den Richter in der Regel leitend sein dürften bei Beantwortung der schwierigen Frage, ob das Familienhaupt „das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung" beobachtet habe. Die Formulierung dieses Entlastungsbeweises in Art. 333 ZGB entspricht der früheren in Art. 61 a. OR. Dagegen hat der Art. 62 a. OR in Bezug auf die ausserkontraktliche Haftung des Geschäftsherrn eine Aenderung dahin erfahren, dass heute Art. 55 OR nicht mehr „alle erforderliche", sondern „alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt" verlangt, also im Gegensatz zu unserer Vorschrift (Art. 333) auf die Uebung nicht mehr abstellt. Allein auch hier dürfte diese sehr oft praktisch werden, indem sie den Richter mindestens auf das Minimum der zu beobachtenden Sorgfalt hinweist.[9]) Für den Entlastungsbeweis des Familienhauptes wird die Uebung im ZGB ausdrücklich hervorgehoben, was sich schon daraus erklärt, dass ihr hier überhaupt im allgemeinen grössere Bedeutung zukommt;[10]) dadurch wird die Stellung des Haftpflichtigen naturgemäss erleichtert.[11]) Soll die Uebung als Ausdruck der Verkehrssitte, der sittlichen Ueberzeugung bestimmter Landesgegenden, Volks- und Gesellschaftskreise etc. vorwiegend eine Zusammenfassung der in Betracht kommenden subjektiven Momente (soziale Stellung, ökonomische Lage, Bildungsstufe, Wohnort des Aufsichtspflichtigen u. dergl.) darstellen, so hat andererseits die Festsetzung des „durch die Umstände gebotenen" Masses rein objektiv nach ausserhalb der Person des Familienhauptes liegenden Momenten (namentlich Eigenschaften des

[8]) Ueber das franz. Recht vgl. oben § 4. — Hier sei nur noch das für die Praxis des Code civil höchst charakteristische Urteil genannt, wonach der Vater eines 20jährigen außerhalb des Elternhauses als Lehrling beschäftigten Sohnes für des letzteren Delikt haftpflichtig erklärt wurde, weil es als „Folge der Lockerung der häuslichen Disziplin" erscheine (abgedr. bei Köster S. 47).

[9]) Ebenso Oser Art. 55, Anm. 2 a; Trüssel S. 180.

[10]) Sehr richtig Gysler S. 54.

[11]) Andererseits aber ist Art. 55 OR. für den Beklagten insofern günstiger, als er hier seine Sorgfalt nur in einer ganz bestimmten Richtung zu betätigen hat (in Bezug auf die „Ausübung der dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen" seiner Untergebenen).

zu Beaufsichtigenden und anderen Tatsachen, die das Mass der Aufsicht beeinflussen) zu erfolgen. Die nach den Umständen gebotene Aufsicht ist u. E. diejenige Tätigkeit des Aufsichtspflichtigen, die er nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen — ganz abgesehen von seinen Qualitäten, bezw. seiner persönlichen Fähigkeit — normalerweise zwecks Verhinderung der betreffenden Schädigung gegenüber dem Dritten[12]) hätte vornehmen müssen.[13]) Nur bei Vorhandensein einer Uebung, von der nicht aus besonderen Gründen abgegangen werden muss, kann diese als massgebend, d. h. die übliche Sorgfalt auch als die durch die Umstände gebotene betrachtet werden. Wir halten diese reinliche Scheidung der subjektiven von den objektiven Momenten insofern für wichtig, als man sonst vielleicht versucht wäre, bei Berücksichtigung der „Umstände" für den Beklagten alle möglichen Milderungsgründe (wie z. B. seine Handlungsunfähigkeit, die unverschuldete Unmöglichkeit der Aufsichtsführung) geltend zu machen, was, wie unten noch zu zeigen sein wird, nicht im Sinne des Gesetzes läge. —

Nach diesen allgemeinen, für sämtliche Haftungsfälle des Familienhauptes geltenden Ausführungen wollen wir unter Benutzung der so gewonnenen Grundlage versuchen, einzelne spezielle Aufsichtspflichten in ihrem Umfange abzugrenzen.

Fassen wir zunächst die Haftung für Unmündige ins Auge, so lässt sich vorerst ganz allgemein sagen, dass hier die Individualität des Aufsichtsbedürftigen in Bezug auf den Umfang der Aufsichtspflicht eine hervorragende Rolle spielt und Massnahmen, die gegenüber dem einen Kind als genügend bezeichnet werden müssen, für ein anderes nicht einmal notwendig sind. „Es muss deshalb zunächst geprüft werden, was unter den vorliegenden Umständen verständige Eltern nach den vernünftigerweise an sie zu stellenden Anforderungen hätten tun müssen . . ."[14]) Namentlich das Alter der Kinder wird für die Verantwortlichkeit der Eltern entscheidend sein, indem im frühen Kindesalter der Vater die Aufsicht regelmässig der Mutter überlassen kann, ohne sich dadurch einer Nachlässigkeit schuldig zu machen, während bei älteren Kindern, namentlich Knaben, dies dem Vater sehr wohl zum

[12]) Trotzdem in Art. 333, Abs. II ZGB. das Familienhaupt ausdrücklich verpflichtet wird, dafür zu sorgen, daß aus dem Zustande eines geisteskranken oder geistesschwachen Hausgenossen auch nicht für diesen selbst Gefahr oder Schaden erwachse, handeln wir anläßlich der Umschreibung der Aufsichtspflicht als Entlastungsmöglichkeit ausschließlich von der Aufsichtspflicht Dritten gegenüber, da eine Verantwortlichkeit aus Art. 333, Abs. I, nur ihnen gegenüber anerkannt ist (vgl. unten V.).

[13]) Riedel führt S. 694 richtig aus: „Die Aufsicht wird nur insofern zu führen sein, also nach den gewöhnlichen Lebensverhältnissen bei den einzelnen Willens- und Tätigkeitsakten vernünftigerweise geführt zu werden pflegt oder die Unterlassung als ein Mißstand anzusehen ist."

Vorwurf gemacht werden könnte.[15]) Mit zunehmendem Alter und entwickelterem Verstande wird sich übrigens im allgemeinen der Umfang der Aufsichtspflicht in Bezug auf einen normalen jungen Menschen von selbst reduzieren,[16]) während gelegentlich in Ausnahmefällen gerade in den älteren Jahren eine strenge Zucht am Platze sein wird. Schon längst sind Theorie und Praxis darin einig, dass in der Regel eine ständige Begleitung schulpflichtiger Kinder weder in die Unterrichtsstunden noch auf den Spielplätzen verlangt werden dürfe,[17]) und doch können im einzelnen Falle die Verhältnisse so liegen, dass sich selbst eine derartige Aufsicht als angezeigt erweist (denken wir nur an nervös überreizte, gewalttätig oder besonders boshaft veranlagte Kinder!). Auch muss hier, wie bereits berührt worden ist, darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Erziehung indirekt auf das Mass der Beaufsichtigung wirken kann, indem naturgemäss eine schlechterzogene Jugend einer gesteigerten Aufsicht bedarf, während sich Eltern gutgearteter Kinder mit vollem Recht eine laxere Beaufsichtigung gestatten können.[18]) Wie die Art der Aufsicht überhaupt, so hängen

[14]) RG. 50, 64, worüber sich u. a. Staub sehr anerkennend ausspricht (Deutsch. Jur.-Ztg., Jahrg. 1902, S. 427. Aehnlich RG. 52, 72; Jur.-Wochenschr. 34, 21). — Vgl. ferner die bei Schneider OR. Art. 61 Anm. 10 angeführten Entsch., wo ein Nachweis besonderer Sorgfalt dann nicht verlangt wird, wenn solche überhaupt nicht geboten war; R. 10, Nr. 16 und 41; BG. 24(2), 767; 32(2), 463; 32(2), 77.

[15]) Zutreffend BG. 26(2), 307 f. ebenso 33(2), 597: „... celui ci - le père - ne saurait en tous cas pas être déchargé de sa responsabilité lorsqu'il n'établit même pas avoir, d'une manière générale donné des directions et instructions et pris les mesures de précautions et de survaillance essentielles ....". — Vgl. u. a. auch den deutschen RG.-Räte-Komm. Bd. I, S. 819 und die dort zit. Entsch.

[16]) Durchaus richtig ist ein Urteil des Zivilgerichts Basel in R. 5 Nr. 67: Hier wurde die Haftung des Vaters eines 20jährigen aus einem Unzuchtsdelikt des letztern abgelehnt mit der Begrüundung, daß in diesem Alter die Aufsicht des Vaters nur noch darin bestehen könne, daß er seinen Sohn zu einer gewißen Ordnung anhalte und allfälligen Ausschreitungen möglichst vorbeuge .... „wenn auch schon früher schlimme Neigungen des Sohnes mögen zum Vorschein gekommen sein, so konnte doch der Vater nicht voraussehen, dass sein Sohn einer solchen Missetat fähig sei und er war daher nicht in der Lage, dieselbe von vorneherein zu verhindern". — Zu weit scheint uns ein bernisches Erkenntnis zu führen, das den Vater eines 17jährigen — ebenfalls normalen — Burschen für ein Delikt verantwortlich macht, das letzterer beim Steinstoßen begeht (R. 5 Nr. 28).

[17]) Für das deutsche Recht vgl. Masur S. 68 f. und die dort zit. Praxis, insbes. Seuffert 57, Nr. 216. — Für uns namentlich Schneider OR. Art. 61, Rossel et Mentha Bd. III p. 91: Il est bien entendu notamment que l'on ne peut exiger d'un père de famille ou d'un chef d'institut qu'il soit constamment ou qu'il ait constamment quelqu'un sur les talons de son enfant ou de ses pensionaires du moins quand ceux - ci ont dépassé un certain âge, ni qu'il les fasse attendre à la sortie de l'école ...." Ganz entsprechend eine grosse Anzahl Gerichtsentscheide; so u. a. R. 6 Nr. 43 und Nr. 100; Bl. f. Zürch. Rspr. 11 Nr. 125; BG. 24(2), 835: Nicht erforderlich ist die Begleitung der Zöglinge eines Instituts nach der benachbarten Kantonsschule.

[18]) So auch die bereits angeführten Entscheide.

auch deren Mittel vornehmlich von den Eigenschaften des Aufsichtsbedürftigen ab.[19]) Ferner ist dabei natürlich zu berücksichtigen die grössere oder geringere Gefährlichkeit des Ortes, wo sich der Minderjährige gewöhnlich aufzuhalten pflegt.[20]) Ebenso ist es durchaus berechtigt, wenn leibliche Eltern, die ihren minderjährigen Kindern gefährliche Objekte (Waffen, Werkzeuge und dergl.) als Spielzeug oder Arbeitsgerät überlassen, der Entlastungsbeweis sehr erschwert wird;[21]) hier darf man unter Umständen sehr wohl eine ständige Ueberwachung fordern. Dagegen ist zu beachten, dass sich das haftpflichtige Subjekt zu seiner Befreiung auf die an seinem Domizil oder in seinem Stande herrschende Uebung berufen kann, was gerade in den letztgenannten Verhältnissen nicht selten geschehen dürfte; wir betonen jedoch gleich, dass diese Uebung nicht absolute Geltung hat, sondern nur so lange berüksichtigt wird, als sie mit der guten Sitte in Einklang steht

[19]) Im einen Falle wird eine bloße Mahnung oder Aufklärung genügen, jedoch regelmäßig nur dann, wenn sich der Beaufsichtiger hiervon einen Erfolg als wahrscheinlich versprechen darf; Erziehungsmaßnahmen kommen nur in Betracht, soweit sie sich zugleich als Betätigung der Aufsicht darstellen, weshalb eine „gewisse Vernachlässigung der Erziehung" (BG. 38 (2), 478) als solche dem Beklagten kaum angerechnet werden kann. In anderen Fällen sind intensivere Mittel (Bestratung, Einsperrung und dergl.) unerläßlich. Vgl. auch BG. 38 (2), 474; 39 (2), 744.

[20]) Oeffentliche Spielplätze gelten als harmlose Aufenthaltsorte für Kinder: R. 6, Nr 100; anders wenn besondere Umstände vorliegen, die größere Gefahren möglich machen: „.... l'accès d'un laboratoire de pharmacie ou de chimie celui d'un atelier d'armurier, de coutelier ou de tout artisan se servant d'outils dangereux . . ." (BG 33 (2), 598, welches Urteil in dieser Beziehung sehr instruktiv ist. — Ebenso verhält es sich, wenn z. B. auf öffentlicher Straße einem Minderjährigen die Leitung eines Fuhrwerkes überlassen wird (Seuffert 61, Nr. 134).

[21]) Als ungefährlich wurden von den Gerichten u. a. angesehen sogen. „Klüren" (Spielkugeln): Bl. f. handelsr. Entsch. 7, 73. Dasselbe wird zu sagen sein für Schneeballen u. dergl.; dagegen darf nach R. 3, Nr. 82, einem neunjährigen Kinde ein Bogen, mit dem hölzerne Stäbchen in einer gewissen Wucht abgeschossen werden können, nicht überlassen werden. Ferner R. 16, Nr. 87: Der Vater ist haftbar, weil das fünfzehnjährige — dazu noch epileptisch veranlagte — Kind mit offenem Messer auf der Straße herumläuft (BG. 24 (2), 432. Die Duldung von Waffen in den Händen von Minderjährigen führt im allgemeinen zu einer verschärften Aufsichtspflicht (Bl. f. zürcher. Rspr. 2, Nr. 191); jedoch richtig das Kantonsgericht St. Gallen in R. 8, Nr. 67, das von den Eltern eines 15jährigen Traubenwächters in einer Weingegend lediglich die elementarste Anleitung verlangt; im gleichen Sinne entschied das BG. einem Bündner-Fall (Prax. BG. 4, Nr. 160) — Daß selbst ein Zweirad in den Händen eines 17jährigen normalen Jünglings unter Umständen ein gefährliches Spielzeug sein kann, zeigt ein Genfer Urteil in R. 17, Nr. 108: hier konkurriert außerdem der oben in Anm. 20 erläuterte Gesichtspunkt. Das erstinstanzliche Erkenntnis, d. h. die Verurteilung des Vaters „parce qu'il n'aurait pas dû autoriser celui-ci à circuler à bicyclette sans s'être assuré qu'il était suffisamment experimenté et prudent" hielten wir daher in concreto für richtiger, ohne indeß die übertrieben ängstliche Auffassung der Redaktion zu teilen.

Für das deutsche Recht s.u a. DJZ. Jahrg. 1902, S. 295, JW., Jahrg. 1905, S. 22.

und die besonderen Umstände keine Abweichung erheischen.[22]) So wird die auf dem Lande möglicherweise bestehende Uebung, dass halbwüchsige Jungen auf die Vogeljagd ziehen, nicht ohne weiteres schon den Wegfall jeglicher Aufsichtspflicht begründen, während die Tatsache allein, dass in Arbeitervierteln, wo oft Vater und Mutter tagsüber nur zu den Mahlzeiten nach Hause kommen, die Aufsicht der Kinder übungsgemäss eine lockerere ist, als dies in den oberen Ständen der Fall sein soll, genügt, die Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen abzulehnen. In gleicher Weise wird bei Würdigung der üblichen Sorgfalt u. a. die finanzielle Stellung des betreffenden Haftpflichtigen von Bedeutung werden. — Die blosse Unfähigkeit des Einzelnen, d. h. die subjektive Unmöglichkeit, seine Aufsichtspflichten in concreto zu erfüllen, bildet als solche, soweit sie nicht in einer anerkannten Uebung zum Ausdruck kommt, prinzipiell keinen Grund zur Aufhebung der Verantwortlichkeit.[23])

Was bisher vom Umfange der gesetzlichen Aufsichtspflicht der Eltern bezw. des Familienhauptes im Elternhause ausgeführt wurde, gilt entsprechend für den Vormund, der den minderjährigen Mündel in die Hausgemeinschaft aufgenommen hat.

Wird die Aufsichtspflicht auf einen Dritten übertragen, so haftet der primär zur Beaufsichtigung Verpflichtete jedenfalls für eine nicht sorgfältig erfolgte Auswahl.[24]) Ueberdies hat er

[22]) Egger, Art. 333, Anm. 3b: „Eine durch die Sitte sanktionierte Art der Beaufsichtigung befreit nicht von der Haftung, wenn sie augenscheinlich ungenügend ist". Er verweist auf das bekannte Schulbeispiel, den Fall des Zürcher-Fastnachts-Schießens, wo zwar eine Beaufsichtigung seitens des Vaters nicht üblich ist, von den Gerichten aber trotzdem konstant verlangt wird (Bl. f. handelsr. Entsch. 4, 1080 f.). Umgekehrt wird ausnahmsweise, wo es die Umstände gestatten, selbst unter das übliche Maß von Sorgfalt gegangen werden dürfen.

Ein Fall, wo das übliche Maß als genügend befunden wurde, ist der in der vorigen Note bereits erwähnte in Prax. BG. 4, Nr. 160: Durchaus zutreffend führt hier das Gericht aus, die Verhältnisse in den Bergen — Graubündens — brächten es mit sich, daß Familienangehörigen schon früh bei ihren Besorgungen eine verhältnismäßig große Selbständigkeit und Bewegungsfreiheit eingeräumt werden müsse und daß auch sonst in diesen Beziehungen eine anderswo noch übliche elterliche Ueberwachung nicht oder nur in beschränktem Maße möglich sei. Aus diesen Gründen machte sich der Vater dadurch noch nicht verantwortlich, daß er seinem 17jährigen normalen Sohne eine Schußwaffe anvertraut und ihn dabei nicht besonders kontrolliert hatte.

[23]) In Bezug auf die Institutsvorsteher wohl gleicher Ansicht Frey, S. 157. — Sehr oft wird ja mit Eintritt dieser Unmöglichkeit die Aufsicht delegiert werden, resp. der Charakter als Familienhaupt verloren gehen (z. B. im Falle der Inhaftierung) und damit die Verantwortlichkeit von selbst aufhören; ist dies aber nicht der Fall, so wird die Auffassung im Texte praktisch.

[24]) Egger, Art. 333, Anm. 3a i. f. — Dingt das Familienhaupt ein Kindermädchen, so wird es dabei peinlichere Sorgfalt zu beobachten haben, als z. B. bei Bestellung einer Gouvernante, einer Erziehungsdame. — Für Schaden während der Schulzeit haften die Eltern in der Regel nicht.

gegebenenfalls Anweisungen zu erteilen, Vorsichtsmassregeln zu treffen und den Dritten von schlimmen Neigungen seines Untergebenen zu benachrichtigen. Soweit er diesen prophylaktischen Massnahmen genügt, wird der ursprünglich Verantwortliche von seiner Haftung frei und tritt der Ersatzmann an seine Stelle.

Wenn wir gesehen haben, dass die Aufsichtspflicht der bisher behandelten Personen im allgemeinen strenge zu beurteilen ist, so erfuhren wir doch gleichzeitig, namentlich aus den angeführten Gerichtsentscheiden —, dass im Interesse einer freien, gesunden Erziehung, die eben nicht bloss unbeholfene Tugendbolde, sondern selbständige Staatsbürger heranbilden möchte, stets auch vernünftige Grenzen eingehalten werden müssen. Dasselbe gilt nur noch in erhöhtem Masse für die Aufsichtspflicht des Lehrers, der meistens so viele Kinder, von denen ein jedes wieder anders geartet ist, in seiner Obhut hat, dass ihm eine gleich intensive Aufsicht gar nicht zugemutet werden könnte.[25]) Gelegentlich wird ja der Umfang seiner diesbezüglichen Pflichten in Schulreglementen niedergelegt sein, die alsdann für den Richter massgebend werden. Mangels solcher Spezialbestimmungen aber müsste der Umfang nach den soeben kennengelernten Grundsätzen geprüft und der Lehrer für Delikte seiner Schulkinder innerhalb der Unterrichtsstunden grundsätzlich für verantwortlich erklärt werden, während in den Pausen, wo übungsgemäss nur e i n (!) Lehrer die Aufsicht über verschiedene Klassen zu führen hat (ob sich diese Uebung nicht als eine Unsitte darstellt?) nur eine allgemeine Beaufsichtigung des ganzen Betriebes verlangt werden dürfte. Bei Schulausflügen, Turn-, Schwimmkursen, grösseren Exkursionen (Bergtouren etc.) müssten die Grenzen der Aufsichtspflicht je nach den Gefahren, die mit solchen Unternehmungen verbunden sind, zweifellos erheblich weiter gezogen werden,[26]) zumal hier die Voraussehbarkeit etwaiger Schädigungen doch relativ gross und die Zahl der Teilnehmer im allgemeinen eine kleinere ist. Dagegen wäre es wahrhaftig nicht im Interesse der Entwicklung unserer Schule, wenn gewöhnliche Spaziergänge mit grösseren Klassen, wo die Natur an Stelle der Schulluft den Anschauungsunterricht bieten soll, Anlass gäben zu einer Ueberspannung des Aufsichtsbegriffes und damit der Haftung des Lehrers. Denn solchen-

[25]) Vgl. Frey, S. 119 ff. Feder, S. 119 kritisiert die strenge Haftung namentlich der staatlichen Lehrer, ja bezeichnet sie sogar als eine „Berufsgefahr" — immerhin mit einiger Uebertreibung.

[26]) Jerusalem, S. 47, verlangt ganz allgemein für sog. Schulausflüge eine erhöhte Aufsicht. Indeß sollte man unbedingt unterscheiden — zum mindesten nach deren Zwecken.

falls könnte man es den Schulmeistern, zumal den älteren unter ihnen, entschieden nicht verargen, wenn sie sich noch mehr als bisher jeder neuzeitlichen Strömung energisch entgegenstellten.

Nicht nur gesetzlich,[27]) sondern auch vertraglich kann eine Aufsichtspflicht ausdrücklich oder stillschweigend begründet werden, sei es, dass sich ein Aufsichtsbedürftiger selbständig unter die Obhut eines Familienhauptes begibt, sei es, dass die Aufsichtspflicht delegiert wird. Hierzu rechnen wir auch alle diejenigen Verhältnisse, wo durch das Herkommen oder die blosse tatsächliche Stellung im gemeinsamen Haushalte (Art. 331, Abs. I u. II ZGB) mit der Hausgewalt eine Aufsicht verbunden sein kann. Hier überall kommen die obigen Grundsätze entsprechend zur Anwendung. — Es dürfte sich daher von selbst ergeben, dass an den Gesindeherrn nicht die strengen Anforderungen gestellt werden können, wie sie beispielsweise gegenüber dem leiblichen Vater als notwendig erscheinen. Vielmehr wird es sich hier mehr um eine allgemeine Ueberwachung, als um eine Beaufsichtigung des Minderjährigen in seiner einzelnen Tätigkeit handeln. In grossen Betrieben (Hotels, Herbergen, landwirtschaftlichen Gewerben und dergl.), die, wie wir früher gezeigt haben, möglicherweise unter der Leitung eines Familienhauptes stehen, dürfte sich letzteres häufig als Geschäftsherr, sein Personal als Arbeiter oder Angestellte charakterisieren, in welchem Falle dann nicht Art. 333 ZGB, sondern als lex specialis ausschliesslich Art. 55 OR angewendet werden müsste.

Hat der ursprünglich Aufsichtspflichtige seine Pflicht einem anderen übertragen, so bestimmt sich das Mass der Beaufsichtigung für den letzteren zunächst nach diesem Uebertragungsakt. Der Wille der Parteien entscheidet in erster Linie darüber, inwieweit die Aufsichtspflicht delegiert, das frühere Familienhaupt von derselben enthoben werden solle. Immerhin darf die derart übernommene Pflicht nie unmittelbar als absolutes Mass der gesetzlichen Verantwortlichkeit aufgefasst werden,[28]) sondern sie bildet lediglich indirekt die Richtlinie. Denn wenn die Beteiligten einmal bestimmt haben, in welchem Umfange die Beaufsichtigung nach innen — gegenüber dem Aufsichtsbedürftigen — übertragen werden solle, so geht in gleichem Umfange von Gesetzes wegen — unabhängig vom Willen der Beteiligten — eine Aufsichtspflicht nach aussen und mit ihr die Verantwortlichkeit auf den nunmehr Aufsichtspflichtigen über. Eine Modifikation der Haftung als solcher

[27]) Nach den vorstehenden Ausführungen läßt sich auch ein Maßstab zur Begrenzung der übrigen — durch das Gesetz bestimmten — Aufsichtspflichten gewinnen.

[28]) Ebenso Egger Art. 333, Anm. 3b.

durch den Einzelnen ist unmöglich zulässig; dagegen wird sich an Hand der intern übernommenen Beaufsichtigung umso leichter die extern wirksame Verantwortlichkeit bestimmen lassen: Pflegeeltern, Erziehungs- und Besserungsanstalten, Waisenhäuser und ähnliche Institute, welche die elterliche Obhut geradezu ersetzen sollen, werden einer strengeren Haftung unterliegen, als dies anderswo für private Lehranstalten, Spitäler, Verwandte, die einen Minderjährigen vorübergehend auf Besuch haben u. a. der Fall wäre, wo nicht eine allseitige, sondern bloss eine Beaufsichtigung nach bestimmten Richtungen hin beabsichtigt ist. Der Lehrherr, der den minderjährigen Lehrjungen in seinen Haushalt aufnimmt, ihm Verpflegung und Unterkunft verabreicht, ist pto. Verantwortlichkeit den Eltern vielleicht sogar gleichzustellen, während sich in anderen Fällen wieder seine Stellung derjenige des Dienstherrn nähert.

Hatten wir bis jetzt die Aufsichtspflicht lediglich in Bezug auf Unmündige im Auge, so können wir beifügen, dass das dort Gesagte für die Entmündigten analoge Geltung beansprucht; dies hat zur notwendigen Folge, dass bei allen Entmündigungs-Gründen, soweit sie eine Haftung nach Art. 333 ZGB überhaupt rechtfertigen, die besonderen Umstände für eine verschärfte Verantwortlichkeit sprechen.[29]) Es darf deshalb von Versorgungsanstalten, Trinkerasylen, wie von Privaten, denen gegenüber solche Entmündigte als aufsichtsbedürftige Hausgenossen erscheinen, die peinlichste Sorgfalt in der Beobachtung ihrer Aufsichtspflichten verlangt werden.

In Bezug auf geistesschwache und geisteskranke Personen hält das Gesetz die sorgfältigste Aufsicht für gerade gut genug, was schon daraus hervorgeht, dass es solche Hausgenossen, gleichviel ob entmündigt oder nicht, ohne weiteres als aufsichtsbedürftig erklärt und in Art. 333, Abs. II u. III[30]) das verantwortliche Familienhaupt noch ausdrücklich zu einzelnen speziellen Vorkehrungen verpflichtet. Es liegt eine solche Regelung gewiss sowohl im Interesse des Aufsichtsbedürftigen selbst,[31]) als ganz besonders in demjenigen seiner

---

[29]) Dies trifft für diejenigen Personen, welche u. E., wie oben S. 34 f. dargelegt worden ist, einer besonderen Aufsicht gar nicht bedürfen, natürlich nicht zu; de lege lata aber kann die Beaufsichtigung hinsichtlich dieser keinesfalls eine sehr intensive sein.

[30]) Im Gegensatz zum Entw. ZGB. v. J. 1900 (Art. 359, Abs. II) wird heute die Pflicht zur Leistung des Schadenersatzes (Art. 333, Abs. I ZGB) streng getrennt von derjenigen zur Vornahme von Präventivmaßnahmen (Art. 333, Abs. II und III 1 c.

[31]) Die Präventionsvorschrift in Art. 333, Abs. II besteht auch zu Gunsten des Aufsichtsbedürftigen selbst (oben Anm. 7 und 12).

Umgebung, wenngleich hier ebenso wie in allen vorigen Fällen der Gedanke an die möglicherweise einmal erfolgende Schädigung, in casu an die generelle Gefährlichkeit dieser Personen, nicht ausschliesslich leitend sein darf, sondern daneben auch andere Gesichtspunkte möglichst berücksichtigt werden sollen.[32]) Im einzelnen ist zu unterscheiden, ob sich derGeisteskranke oder Geistesschwache zu Hause, bezw. unter der Obhut eines Laien oder in ärztlicher Behandlung, in einer privaten oder öffentlichen Heilanstalt befindet. Im ersterèn Falle müssen u. E. die Grenzen für die Beaufsichtigung überhaupt die denkbar weitesten sein; denn nur dann wird der Zweck der gesetzlichen Bestimmung und damit die gewünschte Ausgleichung der verschiedenen Interessen erreicht. Gegebenenfalls darf deshalb mit Recht verlangt werden, dass das Familienhaupt, welches keinerlei Fachkenntnisse besitzt, seine geisteskranken Hausgenossen fortwährend zu beaufsichtigen, jede einzelne Tätigkeit derselben zu überwachen habe.[33]) Wenn auch diese Beaufsichtigung nicht in allen Stadien gleich intensiv zu sein braucht, so wird sich der Haftpflichtige im Hinblick auf die Schwierigkeit psychiatrischer Diagnosen in der Regel doch nicht schon damit entschuldigen können, dass er persönlich den Eindruck gehabt habe, der Patient befinde sich in einem harmloseren Stadium, sondern sein Entlastungsbeweis wird wenigstens bei ernsteren Erkrankungen erst dann als gelungen zu betrachten sein, wenn er vorher die Ansicht eines Fachmannes — des Hausarztes z. B. — eingeholt hat. Während Art. 333, Abs. III ZGB den Aufsichtspflichtigen nötigenfalls an die zuständige — kantonale — Behörde weist und wohl vorwiegend lediglich provisorische Massnahmen im Auge hat,[34]) überbindet

[32]) Hierüber Schultze S. 99 ff.; ebenso, sich vollständig auf letzteren stützend, Frey S. 145 ff. — „Die so den Kranken gewährte Möglichkeit", schreibt Schultze S. 102, „sich wieder allmählich unter den Augen der Anstalt an das Leben in der freien Welt zu gewöhnen, oder im Falle der Unheilbarkeit den Anstaltsaufenthalt zu einem möglichst angenehmen zu machen, stellt eine große Wohltat dar . . ."

[33]) Ähnlich Egger, Art. 333, Anm. 3 c.

[34]) Wie Egger, der hierher auch die definitive zwangsweise Unterbringung zählt, Art. 333, Anm. 4 c, selbst andeutet, denken die Kantone (vgl. thurg. ZGB. Einf.-Ges. § 7; zuständig ist der Ortsvorsteher) hier meistens bloß an vorläufige Maßnahmen. Letztere Ansicht halten wir für die richtige, da unter Art. 333, Abs. II, bereits alle definiven Maßnahmen zu verstehen sind. — Dieser Auffassung ist wohl auch Curti, Art. 333; er macht in Anm. 23 außerdem mit Recht darauf aufmerksam, daß die Pflicht des Familienhauptes, gemäß Art. 333, Abs. II, für Abwendung von Gefahr oder Schaden zu sorgen, erst aufhöre, wenn die Behörde diese Sorge tatsächlich selbst übernommen habe.

Im Falle — d. h. „nötigenfalls" —, daß die für den Kranken zahlende Familie auf die Verweigerung seiner Entlassung mit einer Verweigerung der Bezahlung der weiteren Kosten antwortet (Schultze S. 101), müßte wohl gleichfalls eine derartige provisorische Vorkehrung der zuständigen Behörde helfen.

ihm Art. 332, Abs. II eine Pflicht zu selbständigem Vorgehen gegenüber den Hausgenossen, sei es, dass das Familienhaupt persönlich den Patienten in einer Anstalt unterbringe, sei es, dass es die Internierung bei dem hierzu kompetenten Organe veranlasse.[35]) Ferner darf als eine dieser vom Gesetze verlangten Vorkehren betrachtet werden die Pflicht zur Anzeige bei der Behörde zwecks Entmündigung des Hausgenossen (vgl. per analog. Art. 369, Abs. II ZGB). Es ist dies wohl das Minimum, was solchenfalls vom Aufsichtspflichtigen gefordert werden kann. Im Falle der Versorgung des geistesschwachen oder geisteskranken Hausgenossen in einer öffentlichen oder privaten Anstalt geht die Haftung des Familienhauptes in vollem Umfange auf die Anstalt über. Ueberlässt sie ihrerseits wieder den Patienten anderen Personen, so entgeht sie einer weiteren Haftung insofern, als sie in der Auswahl des Personals (Aerzte, Aufseher, Wärter und sonstige Hilfskräfte), die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.[36]) Dagegen darf hier, wo die Aufsicht in den Händen von Sachverständigen liegt, die zufolge ihrer Kenntnisse und der besonderen Anstaltseinrichtungen bereits eine gewisse Garantie bieten und deshalb auch ein erhöhtes Zutrauen verdienen, in der Beurteilung der erforderlichen Beaufsichtigung niemals so ängstlich vorgegangen werden, wie dies u. E. mit Recht gegenüber dem Laien geschieht. Dieselbe Strenge darf und muss vielmehr nur dann eintreten, wenn nach dem jeweiligen Stande der psychiatrischen Wissenschaft bei dem konkreten Verhalten der Anstalt das schädigende Ereignis voraussehbar war. Wollte man weitergehen und eine Verantwortlichkeit des Arztes, bezw. der Anstalt auch da annehmen, wo ein seriöser Sachverständiger die Beaufsichtigung für genügend erachtet hätte, so würden vielleicht zwar einige Fälle getroffen, wo entgegen der ärztlichen Ueberzeugung zufolge der verringerten Aufsichtstätigkeit der Anstalt, der grösseren Freiheit des Patienten ein schädigendes Ereignis in- oder ausserhalb der Versorgungsanstalt eintrat, andererseits aber müsste sich eine derartige Praxis unzweifelhaft jeder humanen Irrenbehandlung, wie sie heutzutage glücklicherweise angestrebt wird, entgegenstellen und neuerdings zu den scheinbar überwundenen Zeiten der Irrengefängnisse zurückführen.[37]) Sollte man hiergegen ein-

[35]) Je nach Person, Gefahr und Umständen ist verschieden vorzugehen.

[36]) Ebenso dürften sich die Fälle ungenügender Mittel bei Verschulden des primär verantwortlichen Familienhauptes lösen (Schultze S. 103: ungenügendes Personal etc.).

[37]) Ueber die sich mehr und mehr bewährende Familienversorgung Geisteskranker, die von Schottland her via Belgien, Frankreich zu uns kam (in einzelnen Kantonen der Schweiz hat sie bereits Aufnahme gefunden; ebenso wurde sie u. a. 1900 in Sachsen als offizielle Institution eingeführt) vgl. Wyler, S. 129 ff., spez. 138.

wenden, die Heilanstalten hätten gegen alle diese Eventualitäten das Mittel der Versicherung, so wäre dies lediglich ein Notbehelf, der mit einer modernen Zeit durchaus unvereinbare Grundsatz aber bliebe bestehen.

Die bereits oben erläuterten Spezialvorschriften in Art. 333, Abs. II u. III gelten entsprechend für die Versorgungsanstalten, wenn auch ihre praktische Bedeutung für unsere Frage hier weniger gross ist.[38]) — An dieser Stelle sei nur noch erwähnt, dass sowohl natürliche wie juristische Personen, Laien wie Sachverständige als Familienhaupt nicht bloss für den durch Geistesschwache oder Geisteskranke angerichteten Schaden verantwortlich sind, sondern auch dafür zu sorgen haben, dass aus dem Zustande dieser Aufsichtsbedürftigen keine G e f a h r für sie selbst oder andere entstehe, woraus geschlossen werden muss, dass schon im Falle drohender Gefahr auf Beseitigung derselben geklagt werden kann.[39])

Trotzdem wir uns nunmehr in einer ganzen Reihe von Fällen mit der Abgrenzung der Aufsichtspflicht beschäftigt haben, ist uns die Formulierung eines allgemeingültigen Grundsatzes nicht gelungen; im Gegenteil, je mehr man sich in die Sache vertieft, desto mannigfaltiger erscheinen einem die Verhältnisse. In der Tat konnte deshalb der Gesetzgeber nichts besseres tun, als die Bestimmung des von Fall zu Fall variierenden Masses von Sorgfalt in der Beaufsichtigung auch künftig dem Richter zu überlassen. Denn nur so bleibt unsere Rechtsnorm dauernd imstande, sich den jeweiligen Bedürfnissen anzupassen, mögen diese noch so vielgestaltig sein.

Weiteres s. bei Schultze, S. 101, der in Bezug auf einzelne Erkrankungen (Depressionszustände, Melancholie u. a.) ausführt, daß der Versuch einer Entlassung sehr oft geradezu überraschende Heilresultate zeitige. Diejenige Anstalt sei nicht die beste, in der gar keine Unfälle vorkämen! (a. a. O. S 104). — Es sind dies alles Momente, die heute einfach berücksichtigt werden m ü s s e n.

[38]) Oben Anm, 34 i. f.

[39]) Curti, Art. 333, Anm. 18, nimmt einfach eine „Tautologie" in Gesetze an, da die Pflicht auch ohne „oder Gefahr" bereits aus Art. 333, Abs. II, folge. — Bemerkenswert ist übrigens der Ausdruck „Zustand", der sich in den Uebersetzungen überhaupt nicht findet.

V. Voraussetzungen der Haftpflicht.

— Beweislast. Befreiung des Haftpflichtigen. —

In der ihm eigenen knappen Ausdrucksweise nennt unser Gesetz als erste Voraussetzung der Verantwortlichkeit einen „Schaden", d. h. die durch irgend ein Ereignis erfolgte Wertverminderung eines Lebensgutes ideeller oder materieller Art. Man könnte dannach einen Augenblick versucht sein, den Aufsichtspflichtigen überhaupt für jeden Schaden haftbar zu machen, müsste sich indess sogleich von der Unhaltbarkeit einer solchen Auffassung und ihrer vernunftwidrigen Konsequenzen überzeugen. Denn sobald wir uns an die Entstehung unserer Rechtsnorm und insbesondere an ihre gegenüber der früheren Ordnung veränderte Stellung im Systeme des Gesetzes (vgl. ob. § 7, I) erinnern, wird uns klar, dass ein derartiger Schaden nach Art. 333, Abs. I ZGB nur in beschränktem Umfange zu ersetzen ist. Hat doch die Vorschrift durch die äusserliche Einreihung ins Familienrecht ihr obligationenrechtliches Wesen nicht abgestreift, sondern die rechtliche Basis des früheren Artikels 61 a. OR beibehalten. Dort aber, wie in den Entwürfen zum revidierten OR[1]) findet sich die Haftung des Aufsichtspflichtigen geregelt bei den unerlaubten Handlungen, bezw. im zweiten Abschnitte des ersten Titels („Entstehung durch unerlaubte Handlungen"). Was daher unter dem Begriffe des Schadens nach a. OR, Art. 61 richtigerweise verstanden wurde, gilt auch für den entsprechenden Ausdruck in ZGB Art. 333, Abs. I, d. h. er bedeutet „den einem Andern widerrechtlich zugefügten" Schaden,[2]) der gemäss Art. 41 ff. OR (Art. 50 ff. a. OR) bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen (Absicht oder Fahrlässigkeit) einen deliktischen Ersatzanspruch begründet. Notwendig ist somit stets eine widerrechtliche, d. h. eine solche Schädigung, die in der Verletzung einer Rechtsnorm besteht.[3]) Nur diese o b j e k t i v e Theorie der Widerrechtlichkeit lässt uns die Erweiterung in Art. 41, Abs. II OR verstehen, während vom Standpunkte der subjektiven Lehre aus,

[1]) Vgl. die Entw. OR. v. J. 1905 und 1909 (Art. 1068).

[2]) Dieser umfaßt sowohl den Vermögens-, wie den immateriellen Schaden (unten Anm. 14).

[3]) Nach schweizer. Recht darf diese Auslegung als die herrschende bezeichnet werden, zumal heute der zu Zweifeln Anlaß gebende Ausdruck „sans droit" ersetzt ist durch „d'une manière illicite". Auch vom Bundesgericht ist sie konstant durchgeführt worden (vgl. u. a. BG. 32 (2), 279). Zustimmend Oser, Art. 41, Anm. III, 2; ebenso — weniger deutlich — Fick, Art. 41, Anm. 5 ff. -; Anders inbezug auf den früheren Wortlaut namentlich Ernst S. 35 ff., wie übrigens für das deutsche Recht Jung S. 17 f., Feder S. 99 ff., Ruhl S. 81 u. d. dort zit. Lit.: „Es gilt nicht allgemein der Satz „Erlaubt ist, was nicht verboten ist".

wonach alles, was nicht aus besonderen Gründen gestattet ist, verboten wäre und demnach „widerrechtlich" durch „unbefugter Weise" ersetzt werden könnte, Abs. II in genanntem Artikel als vollständig überflüssig betrachtet werden müsste.[4]) Erklären wir dagegen von unserem Standpunkte aus dasjenige Verhalten als widerrechtlich, welches einem Rechtsgebot widerspricht, so bildet Art. 41, Abs. II OR lediglich eine Ergänzung für diejenigen Fälle, wo zwar ein Verstoss contra bonos mores, jedoch mangels eines positiven Verbots noch keine Rechtswidrigkeit vorliegt; erst dadurch, dass eine solche Schädigung absichtlich begangen wird, bekommt sie den widerrechtlichen Charakter. Während die Absicht in Art. 41, Abs. I OR ausschliesslich als subjektives Moment in Frage kommt, ist sie in Art. 41, Abs. II geradezu begriffsbestimmend: „Sie ersetzt die mangelnde Widerrechtlichkeit".[5]) Seit Inkrafttreten des ZGB ist es übrigens auch nach der objektiven Theorie zwanglos möglich, sehr viele Fälle von Verletzungen gegen die guten Sitten ohne weiteres als widerrechtlich unter Art. 41, Abs. I OR zu subsumieren, da heute namentlich Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und das Recht der Persönlichkeit (Art. 27 f. ZGB) besonders gesetzlich geschützt sind, so dass beispielsweise durch Einwilligung des Verletzten ein widerrechtliches Handeln nur insofern zum rechtmässigen wird, als sich diese Einwilligung auf die Verletzung eines nach der guten Sitte veräusserlichen Rechtes bezieht.[6]) Ebenso ist natürlich die Widerrechtlichkeit dann ausgeschlossen, wenn die Rechtsordnung den schädigenden Eingriff besonders gestattet, was z. B. für die Notwehr, den Notstand, die Selbsthilfe (Art. 52 OR) und andere zur Wahrung berechtigter Interessen vorgenommene Schädigungen (Ausübung des Berufsrechts, Kritik und Veröffentlichungen zum Wohle der Allgemeinheit u. dergl.) der Fall ist.[7])

Bestrittener als die eben kennengelernte Voraussetzung der objektiven Widerrechtlichkeit ist die Frage, ob zur Begründung der Haftung des Familienhauptes auch noch das subjektive Moment — ein Verschulden des Täters — hinzukommen, also ein Delikt i. c. S. vorliegen müsse. Gysler als Hauptvertreter der Richtung, die neben dem Verschulden

[4]) Dies gibt indirekt auch Ernst S. 55 zu.

[5]) Oser Art. 41, Anm. VII, 2.

[6]) Dasselbe sagt Liszt, wenn er ausführt (S. 96), „der Einfluß der Einwilligung reiche gerade so weit als die Möglichkeit, durch Vertragsschluß ohne Verletzung der guten Sitten über die eigene Rechtssphäre zu verfügen".

[7]) Unrichtig daher der Entscheid in Bl. f. Zürch. Rspr. 2, Nr. 191, wo angenommen wird, Art. 56 a. OR. statuiere lediglich den Wegfall der Ersatzpflicht des Täters, nicht aber desjenigen, der von Gesetzeswegen für denselben einzustehen habe.

des Haftpflichtigen sogar eine culpa auf Seiten des Täters forderte, betrachtete die erstere lediglich als „eventuelle culpa", dafür aber die Handlung des Täters als eigentliche „obligationserzeugende Tatsache", woraus er folgerte, dass sich der Haftende durch den Nachweis befreien könne, dass der zurechnungsfähige Täter ohne Verschulden delinquiert habe.[8]) Diese Ansichx ist indes nie durchgedrungen[9]) und auch der oberste Gerichtshof hat sich in neuerer Zeit dagegen ausgesprochen.[10]) Für das geltende Recht darf die Kontroverse wohl zu Gunsten der objektiv rechtswidrigen Schädigung als gelöst betrachtet werden, indem sich der heutige Gesetzestext in Verbindung mit seiner Entstehungsgeschichte deutlicher ausgesprochen und namentlich Argumente beseitigt hat, auf die sich früher die Annahme einer Culpa stützte.[11]) Mag auch heute noch im Hinblick auf Art. 50, Abs. III und 61, Abs. I OR der Sprachgebrauch des Gesetzes nicht immer ganz konsequent durchgeführt und vor allem in den Uebersetzungen die Unterscheidung von „Verschulden" und „Verursachen" etwas stiefmütterlich behandelt sein,[12]) so geht doch aus den Kommissionsberatungen zur Genüge hervor, dass man mit dem „verursachen" in Art. 333, Abs. I ZGB auch den schuldlos angerichteten Schaden treffen wollte. Andernfalls hätte man den Vorschlag auf eine Abänderung des Ausdruckes in „schuldhaft verursachen" in den Beratungen wohl weder erwogen noch

[8]) Gysler S. 25.

[9]) Konsequent durchgeführt hat Gyslers Theorie nur Frey S. 64 ff., indem er in Bezug auf urteilsunfähige Aufsichtsbedürftige folgende Einschränkung vornahm (S. 70): „Sofern ein Unzurechnungsfähiger rechtswidrig gehandelt hat, greift die Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen nur Platz, wenn sich jene Handlung unter Fiktion der Zurechnungsfähigkeit als verschuldet darstellt". (Von seinem Standpunkte aus war diese Ueberlegung logisch vollständig richtig.)

[10]) BG. 32 (2), 461 f.: „... Nach Art. 61 a. OR. haftet der Aufsichtspflichtige schlechthin für die seiner Haftung unterstellten Personen ohne Rücksicht auf deren Verschulden ...". In Bezug auf die Haftung des Geschäftsherrn vgl. u. a. BG. 32 (2), 510; 34 (2), 270; R. 19, Nr. 63; sehr deutlich das Zürcher Obergericht in Bl f. handelsr. Entsch. 5, 110 und 9, 196. — Die Doktrin ist heute darin einig, daß es sich auf Seiten des Täters um eine Kausalhaft handelt: So schon Schneider Art 61, Anm. 2, Bieder S. 348 ff., Burckhardt S. 539; neuestens Egger Art. 333, Anm. 2 a, Curti Art. 333, Anm. 1, wie die Kommentatoren zu OR. Art. 55.

Gleich verhält es sich im deutschen Recht; vgl. hierzu Liszt S. 106, Feder S. 100, Ruhl S. 80 u. d. dort zahlreich zit. Lit. und Praxis.

[11]) Der frühere Art. 63 a. OR. hat durch seine Undeutlichkeit scheinbar gegen uns gesprochen (über die ehemalige Kontroverse, vgl. Bieder, S. 351 f. und Gysler, S. 22 ff.). Zwecks Hebung jeden Zweifels ist er nunmehr revidiert (Entw. OR. v. J. 1909, Art. 1070) und heute endgültig ersetzt worden durch OR. Art. 55, Abs. II.

[12]) Die unterschiedslose Verwendung von „causer" und „cagionare" für zwei verschiedene Begriffe ist heute noch bedenklich.

schliesslich abgelehnt![13]) Man möchte uns vielleicht entgegenhalten, wir wären inkonsequent, indem wir einerseits die Haftung nach Art. 333 lediglich als eine besondere Art der Entstehung der Obligation durch unerlaubte Handlung behandeln, andererseits aber die Notwendigkeit eines Verschuldens ablehnen. Allein dieser Vorwurf wäre nicht gerechtfertigt, indem der allgemeine, u. E. für den ganzen zweiten Abschnitt unverändert geltende Grundsatz in Art. 41, Abs. I OR, wonach jedermann für den ihm widerrechtlich zugefügten Schaden ersatzberechtigt ist,[14]) Modifikationen in anderer Richtung nicht ausschliesst, was bereits aus Art. 54 OR, wo ausdrücklich vom Verschulden abgesehen wird,[15]) mit aller Deutlichkeit hervorgeht. Die inneren Gründe dieser ausnahmsweisen Ausseracht-lassung des Schuldmomentes ergeben sich bereits aus der Rechtfertigung unserer Verantwortlichkeit überhaupt (unten VII). Bezeichnend ist übrigens, dass die Gegner dieser Auffassung ihre Ueberlegung nie folgerichtig durchzuführen vermochten, sondern abgesehen davon, dass sie zu den Fällen einer Culpa auch diejenigen zählten, wo das Verschulden dem Täter mangels Zurechnungsfähigkeit nicht zur Last gelegt werden konnte,[16]) bereits hier zur Umkehrung der Beweislast greifen mussten[17]) — einem Notbehelf, der zu ihrer übrigen Argumentation offenbar nicht recht passte. Andererseits ist bei unserer Theorie nicht zu übersehen, dass scheinbaren Ungerechtigkeiten als deren Folgen durch das Gesetz — namentlich die vorgesehene Entlastungsmöglichkeit — in befriedigender Weise gesteuert wird.

---

[13]) Exp.-Komm. 1908 7. Mai, S. 6, 8. Mai, S. 3 ff.; St.-R., Bd. 20, S. 166 f (Hoffmann).

[14]) Er hat also nicht nur Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens, sondern in besonderen Fällen (OR. Art. 47, ZGB. Art. 28, Abs. II) auch auf Leistung einer Genugtuung; bezügl. a. OR., Art. 62 richtig Bl. f. handelsr. Entsch. 511: „Offenbar wollte damit, daß in Art. 62 nur von Schaden gesprochen wird, nicht ausgeschlossen werden ein weiterer Anspruch, z. B. auf Schmerzensgeld".

[15]) Zu Unrecht hat Frey, S. 65 f, seine Theorie von der Fiktion der Zurechnungsfähigkeit — oben Anm. 9 — in Parallele gesetzt mit dieser Billigkeitshaftung (a. OR., Art. 58): In unserem Falle handelt es sich eben nicht um eine Billigkeitshaftung des unmittelbaren Täters, sondern um die Verantwortlichkeit eines Dritten, des Aufsichtspflichtigen.

[16]) Wie Gysler S. 21, so Frey S. 64 ff.

[17]) Nicht recht überzeugt von seiner „Konsequenz" scheint Frey zu sein, wenn er S. 99 schließt: „es scheint mir nun aber doch mehr dem vermutlichen Willen des Gesetzgebers zu entsprechen, wenn wir konsequenterweise (!) eine Umkehr der Beweislast auch in der Richtung eintreten lassen, daß wir den Kläger von seiner Pflicht befreien und es dem Beklagten anheimstellen, sich damit zu exculpieren, daß die Handlung des Damnifikanten eine unverschuldete, zufällige sei." Aehnlich Gysler S. 25 f.

Wenn wir im vorigen von widerrechtlicher Schädigung sprachen, so haben wir damit bereits auf das unbedingt notwendige weitere Erfordernis unserer Verantwortlichkeit hingewiesen, nämlich auf das Kausalitätsverhältnis zwischen dem im Sinne der gemachten Ausführungen objektiv rechtswidrigen Verhalten und dem den Dritten treffenden Schaden.[18]) Was für die unerlaubten Handlungen überhaupt zutrifft, gilt im besondern auch für unsere Haftung, d. h. ein Schaden ist von einer Person erst dann „verursacht", wenn deren konkretes Verhalten nicht zufällig durch ausserhalb des Bereiches unserer Vorstellungen liegende Umstände zur Bedingung des Erfolges geworden ist, sondern vielmehr bereits erfahrungsgemäss hierzu führen musste.[19])

Diejenige Person, welche dergestalt als Verursacher des Schadens anzusehen ist, muss ausserdem aufsichtsbedürftig sein in dem Sinne, dass der Beklagte als Familienhaupt zur Führung der Aufsicht über sie verpflichtet ist, wobei wir unter dieser Pflicht nicht die konkrete, von Fall zu Fall für dasselbe Verhältnis ändernde, sondern einfach die abstrakt vom Gesetz auferlegte Obligation (oben II in Verb. mit III) zu verstehen haben.

Wenn wir schliesslich die so gewonnenen Voraussetzungen zusammenfassen, so erhalten wir als Resultat das vollständige Klagefundament. M. a. W. der auf Grund von Art. 333, Abs. I ZGB klagende Dritte hat zu beweisen, dass er ausserkontraktlich geschädigt worden sei infolge des objektiv widerrechtlichen Verhaltens einer Person, die als unmündiger, entmündigter, geistesschwacher oder geisteskranker Hausgenosse zur Zeit der Schädigung unter der Aufsicht des Beklagten als Familienhauptes gestanden habe. Damit hat der Kläger seine Beweislast in vollem Umfange erfüllt. Nicht verlangt wird der Nachweis eines Verschuldens des Beklagten,[20]) wiewohl dieser im gemeinen Rechte ausnahmslos vom Kläger gefordert

[18]) Vgl. u. a. den lehrreichen Entscheid im BG. 26 (2), 307 ff.

[19]) Es ist dies die Theorie vom sog. adäquaten Kausalzusammenhang, die sich auch unsere Rechtsprechung zu eigen gemacht hat (u. a. BG. 32 (2), 303). So ein Urteil aus der neuesten Praxis (BG. 38 (2), 473 f.), das — gleichzeitig für unser Thema interessant — feststellt, daß „es genüge, wenn sich der Aufsichtsbedürftige in einer Weise verhalten habe, die nach den Regeln der Erfahrung geeignet war, die unmittelbare ursächliche Handlung — den Steinwurf — zu provozieren; denn es sei eine Erfahrungstatsache, daß Knaben dieses Alters gegen sie gerichtete Angriffe von Altersgenossen mit den gleichen Mitteln zu vergelten pflegen . . ." (es genügt somit auch die bloß mittelbare Kausalität — das Auslösen eines Steinwurfs durch einen solchen seitens eines Knaben).

[20]) Darüber herrscht heute kein Streit. Vgl. BG. 26 (2), 307, 33 (2), 598; ebenso stimmen die Vertreter der Wissenschaft, wieweit immer ihre Ansichten sonst

wurde und solcher auch heute noch regelmässig demjenigen obliegt, der Schadenersatz beansprucht. Dass aber unter diesem Verschulden, soweit es überhaupt für unsere Frage relevant werden sollte, nicht ein abstraktes Verschulden, sondern bloss die Culpa in ihrer Beziehung zum schädigenden Erfolg, also in ihrer Kausalität gemeint sein kann, liegt auf der Hand.[21]) Es geht dies schon daraus hervor, dass in dem Mehr auch das Weniger enthalten ist, dass also dem Kläger, dessen Stellung man durch diese spezielle Regelung offenkundig erleichtern wollte, nicht post festum der oft noch schwierigere Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen der mangelhaften Aufsichtsführung des Beklagten und der Schädigung zugemutet werden kann. Nur unter vollständiger Missachtung des Zweckes unserer Rechtsnorm liesse sich letzteres theoretisch vielleicht konstruieren.

Anders liegt die Sache allerdings bei einer Schädigung nach Art. 41, Abs. II OR, wo die Rechtswidrigkeit überhaupt erst begründet wird durch absichtliche Zufügung. Hier hätte u. E. der Kläger wenigstens die Absicht darzutun, denn erst dadurch — wenn auch ohne Rücksicht darauf, ob diese im kausalen Zusammenhang steht mit der Schädigung oder nicht — wäre die objektive Widerrechtlichkeit als Voraussetzung des Klagefundamentes bewiesen.

Aus dem Inhalte des klägerischen Beweisthemas ergibt sich schliesslich von selbst, dass zur Begründung einer Verantwortlichkeit nach ZGB Art. 333, Abs. I, von welcher hier einzig zu handeln ist, nicht geeignet sind:

1. Der durch den Aufsichtsbedürftigen verursachte Vertragsschaden. Denn wir haben es in unserer Bestimmung nicht mit einer Haftung für fremde Vertragsverletzungen zu tun, sondern ausschliesslich, wie oben eingehend gezeigt worden ist, mit einer Haftung für fremde selbständige unerlaubte Handlungen, die ihrerseits wieder kulpos oder nicht kulpos sein können.[22])

auseinandergehen, darin überein, daß der Kläger ein Verschulden des Aufsichtspflichtigen nicht nachzuweisen habe. Es sagt dies das Gesetz übrigens deutlich genug.

Für das deutsche Recht ist dieser Punkt gleichfalls unbestritten. Vgl. die in dieser Arbeit zit. Literatur.

[21]) Zustimmend Frey S. 95; ebenso Bl. f. handelsr. Entsch. 4, 108, R. 4, 69. — Wenn das Bundesgericht (BG. 32 (2), 77) ausführt, „. . . il n'est pas à présumer que le défendeur eût pu empêcher sa fille de contracter la maladie", so ist dies nur so zu verstehen, daß im konkreten Falle, wenn nicht auf besondere Umstände hingewiesen wurde, die geübte Sorgfalt ohne weiteres als genügend erachtet werden mußte (oben IV, Anm. 14 i. f.); der Entscheid steht also keineswegs in Widerspruch mit unserer Auffassung.

[22]) Zu beachten ist jedoch, daß ein vertragswidriges Verhalten u. U. gleichzeitig den Tatbestand eines Delikts ausmachen kann, in welchem Falle dann

2. Der Schaden, den ein geisteskranker oder geistesschwacher Hausgenosse sich selbst zugefügt hat. Zwar könnte man durch Art. 333, Abs. II ZGB dazu verleitet werden, auch bei Verletzungen des Geschädigten selbst allgemein einen Ersatzanspruch zu gewähren entweder dem verletzten Aufsichtsbedürftigen selbst (geltend zu machen durch dessen gesetzlichen Vertreter), oder den mittelbar Drittbeschädigten (z. B. denjenigen Personen, die ihren Versorger in der Anstalt untergebracht haben). Allein ganz abgesehen von den ungeheuerlichen Konsequenzen[23]) wäre eine derartige Auslegung mit Gesetz und Doktrin unvereinbar. Dass dem Selbstbeschädigten, dessen eigene Verletzung nach unserer Theorie ja allerdings nicht unter allen Umständen rechtsmässig zu sein braucht, trotzdem kein Ersatz-Anspruch nach Art. 333 ZGB zusteht, erklärt sich ganz einfach daraus, dass zur Entstehung einer Obligation jedenfalls zwei Rechtssubjekte erforderlich sind, das heisst nur der einem Andern zugefügte Schaden eine Verpflichtung aus unerlaubter Handlung begründet. Ebensowenig kann rechtlich von einer Schadenszufügung Dritten gegenüber gesprochen werden, wenn diese zwar tatsächlich einen Nachteil erlitten haben, jedoch nur dadurch, dass sich der Täter in seiner eigenen Rechtssphäre geschädigt hat. Es fehlt somit in beiden Fällen der „verursachte Schaden" im Sinne des Gesetzes und damit die erste Voraussetzung für die Verantwortlichkeit aus Art. 333, Abs. I ZGB. — Dessenungeachtet hat ZGB Art. 333, Abs. II auch in Bezug auf die Selbstverletzungen seine Bedeutung. Einerseits stellt er ein Rechtsgebot zur Anwendung besonderer Sorgfalt für denjenigen auf, der vertragsgemäss die Aufsicht über einen geisteskranken oder geistesschwachen Hausgenossen zu führen hat, bei dessen Verletzung sich alsdann der Aufsichtspflichtige nicht nur einer kontraktswidrigen Handlung, sondern bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eines selbständigen Delikts nach Art. 41 ff. OR schuldig macht. Mag selbst diesfalls aus prozessökonomischen Gründen für den Kläger die Vertragsklage immer noch empfehlenswerter sein,[24]) so hat er doch wenigstens dann, wenn der Vertrag in dieser Richtung versagt, bereits eine gesetzliche Handhabe zur Begründung seines Anspruchs. — Anderer-

---

die Vertragsverletzung als unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR.) zur Haftbarmachung des Familienhauptes geeignet ist; im allgemeinen hierüber Liszt S. 12 ff.

Auch nach deutschem BGB. § 832 haftet der Aufsichtspflichtige nur für selbständige unerlaubte Handlungen; hierzu Ruhl S. 80.

[23]) Burckhardt S. 540.

[24]) Klagt nämlich der Verletzte ex contractu so hat er kein Verschulden nachzuweisen. (Vgl. Art. 97 OR.)

seits verlangt Art. 333, Abs. II ZGB ganz allgemein von jedem Aufsichtspflichtigen die gleiche Sorgfalt in Bezug auf die Verhütung von Selbstverletzungen, d. h. unsere Gesetzesvorschrift zeigt sich hier wieder einmal in ihrem Doppelcharakter: neben der obligationenrechtlichen versieht sie ihre familienrechtliche Funktion, m. a. W. die spezielle Verpflichtung des vertraglichen Familienhauptes wird zur generellen Rechtspflicht, die zwar unter Umständen natürlich ebenfalls zu einer gewöhnlichen Obligation aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) führen kann, jedoch vornehmlich im sittlichen und öffentlichrechtlichen Gebiete ruht. Sie besteht als solche nicht in erster Linie zum Schutze des einzelnen Dritten, sondern vor allem im Interesse des beschädigten Aufsichtsbedürftigen selbst und dient zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit. Ein Verstoss gegen Art. 333, Abs. II wird gegebenenfalls sehr oft die kompetenten Verwaltungsorgane (Vormundschafts-, Polizeibehörden) zum Einschreiten veranlassen (vgl. z. B. Art. 283, 445 ff. ZGB), was seinerseits wieder den erzieherischen Zweck unserer Vorschrift in Bezug auf den Aufsichtspflichtigen sichert.

3. Die blosse Gefahr für den Aufsichtsbedürftigen selbst wie für Dritte, welche das Familienhaupt nach Art. 333, Abs. II ZGB zu verhindern verpflichtet ist, genügt zur Begründung einer Haftpflicht nach Art. 333, Abs. I natürlich nicht.[25]) Dagegen scheint uns, der bedrohte Dritte sollte nach dem Wortlaut des Gesetzes wenigstens Beseitigung derselben verlangen können; im übrigen ist auf das oben unter *2* bei der Selbstbeschädigung zuletzt Vorgetragene zu verweisen. —

Hat der Kläger die im vorigen dargestellten Voraussetzungen nachgewiesen, so haftet das Familienhaupt, „insofern es nicht darzutun vermag, dass es das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet hat". Es ist somit die Verantwortlichkeit nicht eine absolute, sondern im weiteren eine durch den Entlastungsbeweis des Beklagten bedingte. Wenn es dem Familienhaupte gelingt, denselben in dem vom Gesetze ausdrücklich vorgeschriebenen Umfange zu leisten, so kann es sich von jeglicher Haftung befreien. Soweit sich der Inhalt dieses Entlastungsbeweises mit dem Masse der gesetzlichen Aufsichtspflicht, wie wir sie früher (oben IV) erörtert haben, deckt, gestatten wir uns, zur Vermeidung von Wiederholungen auf die dortigen Einzelheiten Bezug zu nehmen. Dagegen hat uns hier noch eine andere Frage zu beschäftigen, die bereits in diesem Abschnitte berührt worden ist, als wir zum Schlusse kamen, dass dem Kläger nicht nur der Nachweis des abstrakten Verschuldens

[25]) Ebenso Curti Art. 333, Anm. 18.

des Beklagten, sondern auch derjenige des Kausalzusammenhangs erlassen werden müsse. Die logische Folge dieser Auffassung wäre vom Standpunkte der sog. Culpa-Präsumtion aus die, dass sich der Beklagte sowohl durch den Nachweis des Nichtverschuldens als auch durch denjenigen der mangelnden Kausalität zwischen Verschulden und Schädigung befreien könnte.[26]) Obwohl wir nun zufolge unserer gegenteiligen Ansicht über die rechtliche Natur der vorliegenden Haftung keineswegs auf diesem Boden stehen und daher dieser Ueberlegung nicht weiter folgen können, kommen wir trotzdem mit unserer Argumentation zu demselben Resultate. Wenn selbst das Gesetz diese Möglichkeit einer Entlastung mit keinem Worte erwähnt, so hat es dadurch, dass es eine Liberierung des Beklagten überhaupt anerkennt, zwar nicht ein Verschulden präsumiert, jedenfalls aber doch sagen wollen, dass die Entlastungstatsache in irgend einer Beziehung zum schädigenden Akte stehen müsse. Denn nur dann hat der Entlastungsbeweis überhaupt einen Sinn, wenn man annehmen kann, dass bei sorgfältiger Aufsichtsführung der Schaden nicht eingetreten wäre. Gerade die Idee aber, dass die mangelhafte Aufsicht in diesen Verhältnissen regelmässig als höchstwahrscheinliche Ursache der durch die Aufsichts-Bedürftigen verübten Schädigungen erscheint, war es, die den Gesetzgeber dazu veranlasste, eine über die Culpa-Haftung hinausgehende Verantwortung zu statuieren. Dieselbe Idee muss aber auch umgekehrt zwingend dazu führen, diese Verantwortlichkeit dann abzulehnen, wenn nachgewiesenermassen der Schaden selbst bei Beobachtung der gesetzlichen Sorgfalt in der Beaufsichtigung entstanden sein würde.[27]) Wollte man diese Möglichkeit der Befreiung wegen mangelnder Kausalität ausschliessen, so müsste einem der ganze Entlastungsbeweis überhaupt ein Rätsel bleiben, während er bei der hier vertretenen Auffassung nur als wohltätiges Mittel zur Milderung der verschärften Haftung durchaus angebracht erscheint. Er wird in manchen Fällen, wo unsere Bestimmung scheinbar übertriebene Härten aufweist, in wünschenswerter Weise eingreifen und selbst die Anhänger anderer Theorien zufriedenstellen, wenn er z. B. im

[26]) Zu diesem Ergebnis kommt u. a. Frey, S. 87 ff.; ebenso wohl Curti, Art. 333, Anm. 12.

[27]) Vom Gesetze ausdrücklich vorgesehen wird diese zweite Möglichkeit der Haftbefreiung in §§ 831, 832 und 833 des deutschen BGB. Bei der Revision des schweizer. OR. ist man diesem Beispiele gefolgt (Botsch. OR. 1909), sodaß wir heute glücklich den gleichen Zusatz in Art. 55 und 56 OR. besitzen. Wir bedauern diese Neuerung, zumal angesichts der Aufnahme, die die Regelung in Deutschland gefunden hat, wo sie heute doch allgemein als überflüssig und mißverständlich erkannt wird. In diesem Sinne trefflich Feder S. 104 f.; ferner Masur S. 92 f., Ruhl S. 101.

nachfolgenden Falle eine Haftung des „unglücklichen" Familienhauptes verhindert: Ein Institutsvorsteher schickt seinen minderjährigen Zögling allein in ein Glaswarengeschäft; der Aufsichtsbedürftige richtet dort dadurch einen Schaden an, dass er ohne jedes Verschulden (vielleicht zufolge einer Muskelreflexbewegung) ein Gestell kostbaren Geschirrs umstösst und zerbricht. Hier würde der Aufsichtspflichtige, sofern ihm der Nachweis der beobachteten Sorgfalt in der Beaufsichtigung misslänge, von unserem Standpunkte aus allerdings haftbar in einem Falle, wo er bei Selbstbegehung der gleichen Handlung ersatzfrei ausgegangen wäre. Allein gerade in vorliegendem Beispiele dürfte es ihm nicht schwer fallen, sich durch den Nachweis des mangelnden kausalen Zusammenhanges zwischen Aufsichtsführung und Schädigung zu entlasten.[28]) Es ist dies nur eine der zahlreichen Proben, die bestätigen, dass der Nachweis der erforderlichen Beaufsichtigung in Verbindung mit demjenigen des mangelnden Kausalnexus eine berechtigte, gleichzeitig aber auch hinreichende Entlastungsmöglichkeit für den Beklagten bildet.

Endlich ist zu bemerken, dass sich dieselbe eigentümliche Verteilung der Beweislast bereits im früheren OR (Art. 61) vorfand und wir eine wenigstens äusserlich ähnliche Regelung zuerst im französischen Code civil getroffen haben. Ob der interessanten Abweichung von den gemeinrechtlichen Beweisgrundsätzen hier wie dort die gleiche Bedeutung zukommt, wird uns später beschäftigen (unten VII).

VI. Der Geschädigte als Ersatzberechtigter.

Ersatzberechtigt ist derjenige Dritte, welcher im Sinne unserer bisherigen Darlegung durch einen Aufsichtsbedürftigen geschädigt worden ist. Er allein hat gegenüber dem Familienhaupte einen Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 333, Abs. I ZGB.

[28]) Frey S. 69, der einen solchen Fall als Beleg dafür anführt, daß bei Annahme einer Kausalhaftung Unbilligkeiten gegenüber dem Aufsichtspflichtigen unvermeidlich seien, gibt wenigstens angesichts der zweifachen Entlastungsmöglichkeit selbst zu, „solche Fälle kämen im Leben sehr selten vor". Ebenso wird sich aber auch das von genanntem Autor zit. Beispiel (a. a. O. S. 64) ohne ungewöhnliche Härten lösen lassen, wo ein Kind — durch einen Blitzstrahl erschreckt — zusammenfährt und eine Scheibe einschlägt. — Wie der Entlastungsbeweis ein Mittel bildet zum Schutze des Aufsichtspflichtigen, so dient er andererseits dazu, dem Ersatzberechtigten unbegründete Vorteile zu entziehen, während die Interessen des Aufsichtsbedürftigen endlich selbst im Regreßverfahren noch Berücksichtigung finden (unten VII C). Aus diesen Gründen halten wir die Vorwürfe Freys gegenüber unserer in Bezug auf den schädigenden Akt des Täters entwickelten Kausalhaftung nicht für durchschlagend, was sich übrigens des weiteren aus der inneren Begründung unseres Rechtsinstitutes ergeben dürfte.

Wer ist nun dieser Dritte? Hätten wir nur Art. 41 OR, so würden wir voraussichtlich zu einer recht weiten Auslegung gelangen und schliesslich eine endlose Reihe von anspruchsberechtigten Dritten vor uns sehen. Allein diese Auffassung, wonach jeder — unmittelbar oder mittelbar — Beschädigte als „Dritter" betrachtet werden müsste, ist nur teilweise richtig. Denn einmal haben wir bereits in unseren früheren Erörterungen (ob. V) dargetan, dass im allgemeinen zur Begründung der Widerrechtlichkeit die Verletzung eines seitens der Rechtsordnung anerkannten subjektiven Rechts erforderlich sei und demnach grundsätzlich nur derjenige gegebenenfalls als ersatzberechtigt auftreten könne, der Träger dieses Rechtes ist, zu dessen Gunsten also die in concreto verletzte Norm besteht.[1]) Dies wird derjenige sein, gegen welchen das Delikt selbst gerichtet war, also der unmittelbar Beschädigte, wobei im Falle der Verletzung ideeller Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Persönlichkeit etc.) regelmässig nur einer als Verletzter in Betracht kommt,[2]) während durch die Beschädigung von Sachen sehr wohl deren mehrere zur Schadenersatzklage berechtigt werden können (z. B. neben dem Eigentümer auch der bloss beschränkt dinglich Berechtigte als Fahrnispfandgläubiger, Nutzniesser, ja sogar der Mieter, Pächter oder Verwahrer), d. h. jeder unmittelbare oder mittelbare — unselbständige oder selbständige — Besitzer der Sache, sofern er in der Ausübung seines Rechtes beeinträchtigt wird.[3]) Dass sodann das Gesetz selbst als Dritte nur solche Personen gelten lässt, welche die Schädigung unmittelbar in ihrem subjektiven Recht getroffen hat, nicht aber weitere mittelbar Verletzte, die bloss durch ihr persönliches Verhältnis zum direkt Geschädigten (z. B. als Forderungsberech-

---

[1]) Undeutlich Fick Art. 41, Anm. 80. — Ueber die Ersatzberechtigung im allgemeinen und spez. für das deutsche Recht vgl. Liszt S. 97 ff.; für unseren Gesetzeswortlaut käme genannter Autor allerdings zum gegenteiligen Schlusse, indem nach seiner Meinung durch eine, Art. 41, Abs. I OR., entsprechende Fassung „die Beschränkung der Ersatzberechtigung auf den unmittelbar Verletzten preisgegeben wäre". Ferner Dernburg Bd. II, Abtl. 2, S. 762 f.

[2]) Selbstredend können auch hier, wie überhaupt bei jeder Schädigung, durch ein und dasselbe schädigende Verhalten mehrere Personen gleichzeitig unmittelbar verletzt werden, jedoch hier nur in dem Sinne, daß die betr. Rechtsgüter unabhängig von einander sind.

[3]) Hier ist — im Gegensatz zur vorigen Anm. — die Existenz des einen Rechtsgutes durch das Vorhandensein eines anderen rechtlich bedingt, während allerdings die einzelnen Ersatzansprüche hier wie dort selbständig bestehen. Inwieweit der Aufsichtspflichtige durch Befriedigung des einen Damnifikaten gleichzeitig auch gegenüber den andern frei wird, bestimmt sich durch das jeweilige interne Verhältnis der einzelnen Geschädigten untereinander.

tigte) faktisch einen Schaden erlitten haben, ist e contrario Art. 45 OR zu entnehmen, wo abgesehen vom Getöteten, resp. dessen Rechtsnachfolgern (Art. 45, Abs. I u. II) als ersatzberechtigt ausdrücklich anerkannt sind „andere Personen, die durch die Tötung ihren Versorger verloren haben" (Art. 45, Abs. III), während sich doch in Art. 46 OR die besondere Schadenersatzregelung bei Körperverletzung wieder ausschliesslich auf den „Verletzten" i. e. S. bezieht. Dergestalt kommen wir trotz der scheinbar weiteren Fassung des Gesetzes zum Schlusse, dass, solange nicht ausdrücklich Abweichungen vorgesehen sind, als Kläger gemäss Art. 333, Abs. I ZGB nur der unmittelbar Geschädigte legitimiert sein kann. — Solche Abweichungen aber konstatiert das Gesetz abgesehen von Art. 45, Abs. III OR in Art. 2, Abs. I ZGB und Art. 41, Abs. II OR, wo es das Handeln gegen Treu und Glauben, wie unter Umständen den Verstoss gegen die guten Sitten als widerrechtlich erklärt. Hier sieht es eben von der Verletzung eines bestimmten individuellen Rechtsgutes überhaupt ab, stellt jedoch zugunsten der Gesamtheit eine Schutznorm auf, bei deren Verletzung im Falle der Schädigung irgend eines Dritten diesem bereits ein Ersatzanspruch erwächst; m. a. W. in diesen Ausnahme fällen steht einem jeden — direkt oder indirekt — vom widerrechtlichen Akte Betroffenen die Deliktsklage und damit in unserem Falle der Anspruch gegenüber dem haftpflichtigen Familienhaupte zu.[4])

VII. Wesen der Haftung.

Haben wir im vorstehenden unter § 7 die Verantwortlichkeit des Familienhauptes nach schweizerischem ZGB in ihrer äusseren Gestalt behandelt, so möchten wir in diesem letzten Abschnitte versuchen, ein Bild von dem inneren Wesen unseres Rechtsinstitutes zu entwerfen. Wir legen uns dabei drei Fragen vor, die ihrerseits selbst wieder so ineinander greifen, dass wir unwillkürlich an ihre Reihenfolge gebunden sind:

Beschäftigen wir uns nämlich zunächst mit der Begründung der Haftung, fragen wir uns also nach den Motiven, die den Gesetzgeber bewusst oder unbewusst bei seiner Regelung geleitet haben, so rechtfertigen wir damit das eigenartige Institut prinzipiell und erfassen zugleich seinen Zweck. Erst die Aufgabe, welche unsere Norm im Leben der Rechtsgenossen zu erfüllen hat, führt uns sodann zum weitern Problem, zur Erkenntnis ihrer rechtlichen Natur. Ob aber unsere

[4]) So wohl auch Fick Art. 41, Anm. 81. — Wir stünden diesbezüglich also grundsätzlich auf dem gleichen Standpunkt, wie das deutsche BGB., wenn auch die Erwägungen, die uns hierzu drängen, andere sind als dort.

wissenschaftliche Konstruktion der gegebenen Gesetzesbestimmung den konkreten Lebensbedürfnissen auch wirklich entspricht, ob sie m. a. W. ihrem ursprünglich gesetzten Zwecke, ihrem Entstehungsgrunde unter Berücksichtigung aller beteiligten Interessen gerecht wird, das bildet den Inhalt unserer dritten Frage und ergibt sich aus den Konsequenzen, die bei folgerichtiger Durchführung der anerkannten juristischen Konstruktion de lege lata gezogen werden müssen.

A. Begründung der Haftung.

Ein Vergleich des Art. 333, Abs. II mit Art. 333, Abs. I ZGB gestattet uns den zuverlässigsten Schluss auf den Zweck unserer Haftungsvorschrift. Einerseits soll nämlich das Familienhaupt dazu angehalten werden, überhaupt jede Schädigung seitens einesHausgenossen möglichst zu verhüten, andererseits aber soll es für den gleichwohl entstandenenSchaden grundsätzlich zum Ersatze verpflichtet sein.[1]) Der Zweck ist mithin nicht bloss ein rein ökonomischer, wie dies bekanntlich im römischen und ältesten deutschen Recht der Fall war, sondern gleichzeitig in Anlehnung und steter Fortentwicklung der germanischen „warlose“ auch ein psychologischer. In diesen beiden Richtungen, die übrigens nicht strenge zu scheiden sind, sondern oft in einander übergehen, lässt sich die Verantwortlichkeit des Familienhauptes nach geltendem Recht begründen.

Psychologisch begründet dürfen wir unsere Vorschrift nennen in ihrer Wirkung auf den Aufsichtspflichtigen. Unter diesem Gesichtspunkte rechtfertigt sie sich insofern, als sie denselben zur sorgfältigsten Erfüllung seiner besonderen Pflichten anspornt und damit eine Stärkung des Verantwortlichkeitsgefühls erreicht, wie dies sonst unter Zugrundelegung der gewöhnlichenHaftungsgrundsätze schlechterdings unmöglich wäre. Im Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern deckt sich diese Aeusserung zum Teil mit der familienrechtlichen Funktion des Art. 333 überhaupt. Sie bildet dadurch, dass sie den Aufsichtspflichtigen die Tragweite und die hervorragende Bedeutung ihrer Stellung nachdrücklich zum Bewusstsein bringt, gleichsam eine Garantie für die gewissenhafte Erfüllung ihrer familienrechtlichen Aufgaben, namentlich ihrer Erziehungspflichten. Ganz ebenso berechtigt aber ist bei dieser Betrachtungsweise die Ausdehnung der gesteigerten Haftung auf die übrigen Personen, sofern es sich nur um Hausgenossen handelt, die mit Rücksicht auf ihre psychische oder physische Veranlagung einer be-

[1]) Es entspricht diese Auffassung des Gesetzes der doppelten — vorbeugenden und ausgleichenden — Aufgabe des Schadenersatzrechtes überhaupt. — Mataja S. 19 ff., Feder S. 5 ff.

sonders sorgfältigen Beaufsichtigung bedürfen. Diese psychologische Seite der Verantwortlichkeit äussert bei sämtlichen Verhältnissen, soweit sie sich als Ausfluss des Familienrechtes darstellt, ihre prophylaktische Wirkung zugunsten der Aufsichtsbedürftigen selbst, wie zugunsten der Oeffentlichkeit. Ueberall treffen wir sie als pädagogisches Mittel, das Familienhaupt an seine Pflicht zu mahnen, den Hausgenossen vor Schaden zu bewahren und dem Minderjährigen mittelbar eine angemessene Erziehung angedeihen zu lassen. Allein damit ist ihre Aufgabe noch nicht erschöpft. Die psychologische Tendenz erstreckt sich auch auf den obligationenrechtlichen Charakter unserer Bestimmung, d. h. sie berücksichtigt mittelbar die Interessen der einzelnen Dritten, des Publikums.[2]) Die strengen Anforderungen, die an den Aufsichtspflichtigen gestellt werden, verlangen die Anspannung aller seiner Kräfte zur Vermeidung jedweder Schädigung Dritter. Es ist der Gedanke der Prävention,[3]) die Tendenz zur Reduktion aller nur möglichen Nachteile, welche hier wiederum klar zutage tritt. Die tiefere Ursache, die ihrerseits im Interesse Dritter zu derartigen präventiven Massnahmen drängt, erblicken wir im Kreise der Aufsichtsbedürftigen. Das Gesetz wollte damit durchwegs solche Personen treffen, die erfahrungsgemäss zu Schädigungen leicht geneigt sind und deshalb in diesem Sinne für die Umgebung eine besondere Quelle der Gefahr bilden.[4]) Die Berufung auf die Gefährdung, die hier Anlass gab zur Prävention, darf übrigens — objektiv betrachtet — zugleich als einer der Gründe für die ökonomische Rechtfertigung unserer Verantwortlichkeit bezeichnet werden.

[2]) So schon Haberstich Bd. I, S. 177. Feder S. 112 stellt u. E. den Schutz der Aufsichtsbedürftigen gegenüber den Interessen Dritter zu sehr in den Vordergrund; denn sogar nach schweizer. ZGB., wo doch die Interessen des aufsichtsbedürftigen Schädigers selbst noch besondere Berücksichtigung finden, überwiegt trotz allem der Gedanke an die mögliche Gefährdung Dritter. Feders Ausführungen in Bezug auf das deutsche BGB. treffen daher nur insofern zu, als auch dort der Schutz Dritter nicht ausschließliches Leitmotiv ist (unten Anm. 4).

[3]) Schneller S. 46; G. Rümelin S. 310.

[4]) Nicht billigen können wir dagegen eine verschärfte Haftung Dritten gegenüber dann, wenn zwar intern zu Gunsten des Aufsichtsbedürftigen eine erhöhte Prävention vielleicht am Platze wäre, nicht aber extern, eine äußere Gefährdung also überhaupt nicht besteht; die innere Präventionstendenz allein — ohne gesteigerte Gefährdung — kann niemals dazu dienen, dem geschädigten Dritten seinen Ersatzanspruch sicherzustellen. Aus diesem Grunde kamen wir oben (III, Anm. 12 und 13) dazu, den Entmündigten nicht allgemein als Aufsichtsbedürftigen anzuerkennen; aus denselben Erwägungen heraus ist abzulehnen die Ansicht Jungs, S. 54 ff., wonach die Haftung des Aufsichtspflichtigen nach BGB. § 832 im Zusammenhang steht mit der Haftung des Unzurechnungsfähigen nach BGB § 829 und die erstere lediglich eine Billigkeitsvorschrift zu Gunsten des Aufsichtsbedürftigen darstellt.

Diese ökonomischen Erwägungen sehen im Gegensatz zu den psychologischen in unserer Bestimmung ganz vorwiegend ihren obligationenrechtlichen Zweck. Kam dieser soziale Gesichtspunkt bereits in der Präventionsidee indirekt zum Ausdruck, so ist er hier geradezu charakteristisch. Versagen nämlich die erzieherischen Mittel des Gesetzgebers, so soll darunter nicht der verletzte Dritte zu leiden, sondern grundsätzlich das Familienhaupt den gestifteten Schaden zu ersetzen haben. Schwerwiegend genug sind die Gründe, die auch von diesem ökonomischen Standpunkte aus eine strengere Verantwortlichkeit dringend fordern.[5]) Ausser der bereits berührten erhöhten Gefährdung, wodurch sich unsere Verhältnisse im allgemeinen auszeichnen, darf gewiss auch das Interesse der haftungspflichtigen Person zur Begründung herangezogen werden. Dieses immerhin nur in beschränktem Masse. Zugegeben, dieses Interesse könne gelegentlich als Motiv für die Verantwortlichkeit desjenigen entscheidend ins Gewicht fallen, der sich zur Aufsichtsführung vertraglich verpflichtet hat, sie gleichsam als Geschäft betreibt, und aus diesem seinem „Betriebe" erhebliche Vorteile zieht (Anstalten für Aufsichtsbedürftige z. B.),[6]) so wird dasselbe da, wo einer Person die Aufsichtspflicht a priori vom Gesetze auferlegt ist, namentlich im Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern, des Vormundes zum Mündel, als Argument zur Rechtfertigung vielfach überhaupt nicht taugen. Dagegen sind es im weiteren gewichtige Billigkeitsgründe,[7]) welche in allen diesen Fällen einer besonders weitgreifenden Verantwortlichkeit das Wort reden. Einmal entspricht es unserem Rechtsempfinden offenbar besser, wenn der Schaden statt von dem schuldlos Verletzten zunächst von demjenigen getragen werde, der ohnehin zur Beaufsichtigung verpflichtet ist, überdies aber durch seine nahe Beziehung zum Täter, wie durch seine besondere Qualität — objektiv — eher in der Lage war, durch Einwirkung auf den Delinquenten die

---

[5]) Jung S. 56 nimmt an, der Schaden, den Wahnsinnige anrichten, werde „bei dem heutigen Stand der Irrenpflege, der Zahl der Irrenhäuser" (!) nicht allzu beträchtlich sein. Daß dies nicht zutrifft, haben wir bereits an anderer Stelle erfahren; vielmehr erheischt gerade in dieser Richtung die moderne Irrenheilkunde mit ihrem oft ganz experimentellen Verfahren eine strengere Verantwortlichkeit zu Gunsten der mehr denn je gefährdeten Umgebung, die erst dann zessiert, wenn sich der Aufsichtspflichtige innerhalb der wissenschaftlich anerkannten Grenzen gehalten hat.

[6]) Besonders betont wird diese Seite unserer Begründung von Frey S. 17ff. in Bezug auf private Lehr- und Heilanstalten; ebenso — für die Eltern —; Gysler, S. 15.

[7]) Hierauf wird sozusagen durchwegs hingewiesen und zwar von den Anhängern der verschiedensten Theorien, sei es für das schweizerische oder deutsche Recht.

Schädigung zu verhindern,[8]) als der schuldlos betroffene Dritte seinerseits, sich vor dem unerwarteten Ereignis zu sichern. Ferner käme der Geschädigte, der dem Familienhaupte nach gemeinrechtlichen Grundsätzen eine Pflichtverletzung darzutun hätte, voraussichtlich nur zu oft um sein gutes Recht, indem ihm als Aussenstehendem eine Kenntnis der internen Beziehungen zwischen Täter und Haftpflichtigem in den meisten Fällen direkt unmöglich wäre, er also mangels des gelungenen Nachweises eines Verschuldens[9]) abgewiesen werden müsste.[10]) Eine veränderte Verteilung der Beweislast, wie sie bekanntlich das französische Recht eingeführt hat, dürfte zur Vermeidung solcher Beweisnotlagen häufig bereits ausreichen. Jedenfalls aber bieten auch diese Fälle einen neuen Grund zur Rechtfertigung einer abweichenden Regelung. Endlich wird zur Verteidigung unserer Spezialvorschrift namentlich in Bezug auf das Eltern- und Kindesverhältnis mit Recht vorgebracht, dass es unbillig wäre, den Verletzten ausschliesslich auf den sehr oft vermögenslosen Hausgenossen zu verweisen, der ihn trotz erfolgreich durchgeführter Klage am Ende doch nicht befriedigen könnte; daraus erkläre sich die Tendenz des Gesetzes, dem Damnifikaten neben dem als Täter selbständig verantwortlichen Hausgenossen eine zweite Haftungsperson, das solventere Familienhaupt zur Verfügung zu stellen.[11])

---

[8]) Diese objektiv bessere Eignung des Familienhauptes zur Schadensvermeidung kann entweder nur in seiner besonderen familienrechtlichen Autorität (Eltern, Vormund, Lehrherr z. B.) liegen oder aber außerdem in der bei ihm speziell vorauszusetzenden Fachkenntnis (Erzieher, Irrenarzt, Gefangenenwärter u. a.). Eine eigentliche Herrschaftshaftung darf in unserer heutigen Verantwortlichkeit nicht mehr erblickt werden, zumal sie nur soweit besteht, als sie sich auch vom Standpunkte des Aufsichtspflichtigen aus billigerweise rechtfertigen läßt (unten B, Anm 23).

Nicht nur gegen die Gierke'sche Organstheorie, sondern auch gegen die hier vertretene Auffassung wendet sich M. Rümelin S. 58 ff., der das Vorhandensein einer diesbezügl. „Tendenz des modernen Rechtsbewußtseins" überhaupt leugnet; andererseits gibt sogar Bieder — vom Standpunkte der Verschuldungshaftung aus — a. a. O. S. 373 zu, unser Gedanke sei so sehr zur heutigen Anschauung geworden, „daß in der Praxis mancher das Recht des Gegenbeweises mißbilligen werde und dasselbe der Gefahr der Verkümmerung ausgesetzt sei"!

[9]) Wohl zu beachten ist, daß in unseren Fällen sehr oft eine ganz geringe Fahrlässigkeit, eine culpa levissima als causa in Betracht kommt, wo alsdann die fatale Stellung des Klägers erst recht in die Augen springt.

[10]) Dazu kommt, daß als Beklagte häufig deliktsunfähige Personen belangt werden müßten, so daß alsdann höchstens Art. 54 OR. angerufen werden könnte. — Masur S. 96 führt die Haftung nach deutschem BGB. zurück auf „eine billige Forderung des Lebens — in solchen Fällen, wo der Täter für sich eine Ausgleichungspflicht wegen seiner mangelnden Fähigkeiten gar nicht begründen könnte . . ."

[11]) Recht interessant ist es übrigens zu sehen, wie hier Erwägungen, die bereits in den Anfängen der rechtshistorischen Entwicklung unseres Institutes von Bedeutung waren, heute in neuem Gewande wiederkehren.

Gestützt auf diese gewiss nicht zu unterschätzenden Gründe, die — einzeln oder konkurrierend — teils subjektiv einen erzieherischen Druck gegenüber der Person des Aufsichtspflichtigen anstreben, teils objektiv einen Schadensausgleich zu Gunsten des verletzten Dritten fordern, gelangen wir dazu, die Ausnahmebehandlung unserer Haftung an sich auch für das moderne Recht zweifellos gutzuheissen. Dem Gesetzgeber bleibt es nunmehr vorbehalten, dieser seiner eigenen und seines Volkes Rechtsüberzeugung den richtigen juristischen Ausdruck zu verleihen.

B. Rechtliche Natur der Haftung.

Nachdem wir soeben die gesetzliche Sonderstellung unseres Themas im Prinzip anerkannt haben, fragen wir jetzt nach den Mitteln, welche der eidgenössische Gesetzgeber zur Erreichung jener Postulate gewählt hat. Wir beschäftigen uns mit der rechtlichen Natur der Haftung, d. h. mit den wissenschaftlichen Grundlagen, auf welchen sich dieselbe aufbaut.

Da Art. 61 des früheren OR durch die Revision in dieser Beziehung eine wesentliche Aenderung nicht erlitten hat, sondern in seiner juristischen Gestalt materiell durchaus gleichgeblieben ist,[1]) lassen sich die Argumente, die zu dessen rechtlicher Konstruktion führen, in gleicher Weise für das geltende Recht verwerten, wenn auch nur unter fortwährender Berücksichtigung der seither erfolgten Neuerungen. Damals bei unserer ersten grossen Rechtsvereinheitlichung hatte der Bundesgesetzgeber Stellung zu nehmen zu der schwierigen, durch die sozialen Haftpflichtsbestrebungen bereits brennend gewordenen Frage, ob er seiner ausserkontraktlichen Haftung nach gemeinrechtlichem Muster das streng durchgeführte Prinzip zugrunde legen wollte, wonach jeder nur für den von ihm verschuldeten Schaden aufzukommen hatte oder aber ob er, um den veränderten Rechtsanschauungen, den gesteigerten Verkehrsbedürfnissen Rechnung zu tragen, von diesem wissenschaftlich allgemein anerkannten, sogenannten Culpa-Prinzipe ganz oder teilweise abweichen müsste. Die zum Gesetze gewordene Lösung der Frage ging schliesslich dahin, dass man zwar am Grundsatze der Verschuldenshaftung nach wie vor festhielt, Ausnahmen aber da zugelassen wurden, wo sie nach den Umständen geboten waren. Solche Umstände, die zu einer Haftung ohne Rücksicht auf das Verschulden drängten, scheinen uns nun gerade in der Begründung unseres Institutes zu liegen und als eine solche A u s n a h m e vom Grundsatze be-

[1]) Oben I.

trachten wir denn auch Art. 61 a. OR, resp. Art. 333, Abs. I ZGB.[2])

Wir geben zu, dass das französische Recht der Vorläufer unserer Haftung ist, bestreiten auch nicht, dass äusserlich die schweizerische Vorschrift derjenigen des französischen C. c. Art. 1384 auffallend ähnlich ist, kommen aber trotzdem in Hinsicht auf ihre rechtliche Natur hier und dort zu verschiedenen Resultaten.

Wenn die herrschende Richtung unserer Doktrin und Praxis bisher stets annahm, es handle sich in beiden Kodifikationen um eine einfache Umkehrung der Beweislast, wodurch am Prinzipe nicht geändert würde,[3]) so stützte sie sich zunächst auf die Identität des Beweisthemas. Eine solche liegt aber gar nicht vor, was sich sofort aus einem Vergleiche der beiden Gesetzestexte ergibt. Fordert nämlich das französische Recht vom Beklagten den Nachweis „qu'il n'a pu empêcher le fait . . .", so deckt sich dieser allerdings mit dem Nachweise des Nichtverschuldens. Denn er verlangt bei richtiger Auslegung vom Beklagten nicht mehr, aber auch nicht weniger als

[2]) Bei diesem Anlasse sei gestattet, die wertvollen Ausführungen meines verehrten Lehrers Eugen Huber hier wörtlich wiederzugeben: „... Es soll gehaftet werden ganz allgemein für den Schaden, den man schuldhaft mit einer unerlaubten Handlung stiftet und dann bloß ausnahmsweise und nicht allgemein formuliert, sondern nur in den speziell vom Gesetze statuierten Fällen anerkannt, auch ohne Verschulden, sei es für Schaden, den man ohne Schuld, z. B. weil man nicht zurechnungsfähig ist, selbst verursacht hat, oder für den Schaden, den andere mit oder ohne Schuld verursacht haben. Diese Grundlage muß man sich vor Augen halten, wenn man die Tragweite der einzelnen Vorschriften des Gesetzes für die verschiedenen Haftungsfälle richtig beurteilen will". (Nat.-R. Bd. 19, S. 493).

[3]) Für diese Richtung in unserm Recht war die längste Zeit maßgebend Bieder, der bekanntlich (ob § 6, Anm. 3) aus seiner Umschreibung des zur Aufsicht „rechtlich Verpflichteten" gleichsam als selbstverständliche Folge die rechtliche Natur der Haftung herleitet; denn „die moralische Pflicht, unerlaubte Handlungen jener untergebenen Personen zu verhindern oder unschädlich zu machen, wird als rechtliche Pflicht betrachtet, deren Verletzung rechtliche Folgen haben müßte" (a. a. O. S. 373 f. in Verb. mit S. 333, speziell auch S. 343 f.); ihm haben sich grundsätzlich angeschlossen Gysler S. 17, der wenigstens eine „allgemeine Schuld" des Aufsichtspflichtigen präsumiert, Frey S. 24 ff. (sehr zurückhaltend), Schneller S. 44; ferner Schneider OR., Art. 61, Anm. 3, Rossel et Mentha Bd. III, p. 91, Tuor S. 209, Curti Art. 333, Anm. 10 und 11, Fick, vor Art. 55, Anm. 11 — ohne nähere Begründung.

Ebenso stellte sich unsere Rechtsprechung im Allgemeinen auf diesen Boden der Verschuldenspräsumtion, kam jedoch auffallenderweise nie in die Lage, sich für unsere Verhältnisse eingehender damit zu beschäftigen: Vgl. u. a. R. 4, Nr. 52, 5 Nr. 28, 6 Nr. 43; BG. 26 (2), 307, 31 (2), 35, 32 (2), 462, 38 (2), 477 (a. OR. Art. 61 statuiert eine Haftung für eigenes Verschulden); was der Gerichtshof unter der „gesetzlichen Verantwortlichkeit für Drittpersonen" versteht, geht weder aus BG. 11, 537 noch aus BG. 19,996 hervor.

§ 832 des deutschen BGB. wird durchwegs in diesem Sinne interpretiert (unten § 8).

dieser.[4]) Anders in Art. 333 ZGB, wo sich das Familienhaupt schon dadurch befreien kann, dass es die Beobachtung der gebotenen Sorgfalt in der Beaufsichtigung dartut. Hier ist die Entlastungsmöglichkeit bedeutend grösser aus dem einfachen Grunde, weil nicht mehr der Beweis des Fehlens jeglichen kausalen Verschuldens, das nach gewöhnlichen Haftungsgrundsätzen zur Verantwortlichkeit führen müsste, verlangt wird, sondern lediglich ein gesetzlich umschriebenes Minimum, welches sich mit unserem Begriffe des Nichtverschuldens im technischen Sinne noch keineswegs deckt.[5]) Die Anhänger dieser Theorie der sog. Culpa-Präsumtion, einer präsumtio iuris, die durch den Nachweis des „Nichtverschuldens" seitens des Beklagten entkräftet werden könne, stellen sich dabei zur Begründung dieser singulären Regelung vorwiegend auf den Standpunkt des unter einem Beweisnotstande leidenden Klägers, welchem durch das bequeme Mittel einer Umdrehung der Beweislast geholfen werden müsse.[6]) Sie scheinen jedoch zu übersehen, dass dieses „Verschulden" nicht nur bei Vorliegen einer konkreten Beweisnotlage, sondern ein- für allemal, also auch dann vermutet wird, wenn sich der Beklagte in einer solchen befindet, so dass der Aufsichtspflichtige — dies müssen übrigens auch die Gegner eingestehen — sehr oft verurteilt werden wird nicht wegen einer wirklichen Culpa, sondern einfach deshalb, weil ihm trotz faktisch beobachteter Diligenz der Entlastungsbeweis nicht geglückt ist.[7]) In diesen letztgenannten Fällen käme dann die angeblich widerlegliche „simple présomption" einer praesumtio iuris et de iure gleich und stünde mindestens im Widerspruch mit dem zugrunde gelegten Verschuldensgedanken. Nichts zwingt uns aber, wie wir sehen werden, zur Annahme eines so „modifizierten" Culpa-Prinzips für das ZGB, während bekanntlich im französischen Recht angesichts seiner historischen Entwicklung wie der

---

[4]) Die rigorose Anwendung durch die Praxis ändert am rechtlichen Charakter des Exkulpationsbeweises nichts.

[5]) So läßt sich beispielsweise denken, daß sich der Aufsichtspflichtige nach Art. 333 entlasten könnte, während er nach Art. 41 OR. bei nachgewiesener mangelhafter Erziehung, oder wegen einer anderen, nicht die konkrete Aufsichtsführung als solche betreffenden Culpa als verantwortlich erklärt werden müßte. Nach französischem Recht dagegen wäre dies — selbst bei sinngemäßer Auslegung — absolut undenkbar.

[6]) Ausschlaggebend ist dieser Gedanke naturgemäß bei Bieder, S. 374.

[7]) Fick, Art. 55, Anm. 15; ebenso weisen darauf hin als Vertreter der Schuldpräsumtion die deutschen Autoren. Feder S. 90 glaubt allerdings, daß der Beklagte — als Geschäftsherr — falls er schuldlos sei, seine Schuldlosigkeit „ohne Mühe" werde nachweisen können; die Erfahrung lehrt das Gegenteil, selbst unter der Herrschaft einer gemäßigten Praxis.

ganzen Anlage des Gesetzes eine „faute" zweifellos vermutet werden muss.[8])

Wenn zur Begründung der gegnerischen Theorie ferner angeführt wird die Entstehungsgeschichte, so scheint diese keinesfalls gegen uns zu sprechen.[9]) Die Tatsache, dass in den Entwürfen zum früheren OR die unbedingte ausserkontraktliche Haftung des Geschäftsherrn für seine Angestellten aufgenommen, schliesslich aber auch hier eine Entlastungsmöglichkeit vorgesehen wurde (Art. 62 a. OR), könnte ebenso gut dahin gedeutet werden, dass man mit dieser nachträglichen Aenderung lediglich eine Modifikation der grundsätzlich anerkannten Kausalhaft beabsichtigte.[10]) [11])— Ohne die Bedeutung der Materialien zu überschätzen, können wir uns des Eindruckes doch nicht erwehren, dass sich hier und zwar namentlich in den Beratungen zur Revision des früheren OR unaufhaltsam die Tendenz Bahn bricht, weitere Ausnahmen von der Culpa-Haftung zu statuieren: Abgesehen von den zahlreichen berufenen Votanten, die sich zu Gunsten der Kausalhaftung aussprachen,[12]) ist für uns besonders interessant der Umstand,

[8]) Oben § 4.

[9]) Mit dieser Begründung hat das BG. seinerzeit als Basis für Art. 65 a. OR. (Haftung des Tierhalters) das Verschuldensprinzip gewählt (BG. 26 (2), 106 j.); auf die Unzulässigkeit solcher Argumentation hat schon Meier S. 236 aufmerksam gemacht. Für die Haftung des Geschäftsherrn gilt dasselbe in erhöhtem Maße (vgl. folg. Anm.).

[10]) Diese Auffassung ist anläßlich der Revision des OR. nicht widerlegt, sondern gegenteils bestätigt worden: Als nämlich in der Expertenkommission von landwirtschaftlicher Seite darüber geklagt wurde, daß die Praxis — vor allem das Bundesgericht — den Entlastungsbeweis in Art. 62 a. OR. tatsächlich n i e zulasse, weshalb Rückkehr zur einfachen Verschuldenshaftung am Platze sei, wurde der Antrag mit entschiedener Mehrheit abgelehnt, andererseits aber machten sich neuerdings Stimmen geltend für eine a b s o l u t e Haftung des Geschäftsherrn (Exp.-Komm. 1908, S. 6).

[11]) Wenn schon die Bestimmung in Art. 62, Abs. II a. OR., wonach juristische Personen die gleiche Verantwortlichkeit traf, vom Standpunkte des vermutetens Verschuldens aus zu einer Zeit, wo die Deliktsfähigkeit derselben abgelehnt wurde, als eine neue Inkonsequenz betrachtet werden mußte, so wäre die Annahme einer solchen mangels ausdrücklichen Vorbehalts überhaupt ausgeschlossen gewesen, so z. B. in Art. 65 a OR.; allein das Bundesgericht hat selbst die juristische Person als Tierhalterin verurteilt (BG. 27 (2), 227 ff.), eine Erscheinung, die zeigt, wie man sich bereits unter dem früheren OR. Zwang antun mußte, um möglichst am Prinzipe festzuhalten. Mit Art. 55 ZGB., wo die juristische Person als deliktsfähig erklärt wird, ist diese Schwierigkeit allerdings beseitigt. — Burkhardt S. 537.

[12]) Statt vieler vgl. Huber in Nat.-R. Bd. 20, S. 334, wo es u. a. heißt, daß die römische Verschuldenshaftung bei uns nie ganz volkstümlich geworden sei, sondern stets der Gedanke im Volksleben geherrscht habe, daß es gewisse Zustände gebe, wo einer haftbar werde, auch wenn er nicht im Verschulden stehe; ebenso Nat.-R. Bd. 19, S. 493 ff., St.-R. Bd. 20, S. 284 f. (die Opposition, die sich gegenüber der absoluten Haftung des Werkeigentümers erhob, erklärte sich wesentlich aus dem aktuellen Fall Bühler — BG. 35 (2)).

dass man grundsätzlich sogar bereit war, die objektive Gefährdungshaftung in einer allgemeinen Vorschrift, die schliesslich lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen gestrichen wurde, gesetzlich zu sanktionieren.[13]) Es sind dies gewiss alles Symptome, die uns für den Geist des künftigen Gesetzes bereits jetzt wichtige Anhaltspunkte liefern.

Positiv gegen die Annahme eines Verschuldens in der Person des Aufsichtspflichtigen spricht aber auch das Gesetz selbst. In anderem Zusammenhange ist bereits hervorgehoben worden, dass der Entlastungsbeweis in Art. 333, Abs. I inhaltlich einem gewöhnlichen Exkulpationsbeweis nicht gleichkommt. Dieser Unterscheidung gibt das Gesetz äusserlich in seiner verschiedenen Formulierung Ausdruck, indem es da, wo eine wirkliche Exkulpation stattfinden soll, deutlich den Nachweis der mangelnden Culpa betont (vgl. u. a. Art. 97, Abs. I, 106, Abs.I, 109, Abs. II OR: „keinerlei Verschulden"; Art. 103, Abs. II OR: „ohne jedes Verschulden") im Gegensatz zum vorliegenden Entlastungsbeweis. — Entscheidend für unsere Frage fällt endlich ins Gewicht die Anlage, das System des Gesetzes, und da wir die Spezialvorschrift der Haftung des Familienhauptes sachlich nur verstehen können in ihrer früheren Stellung (Art. 61 a. OR) im Abschnitte über die unerlaubten Handlungen, so ist dieser Teil des OR daraufhin noch besonders zu prüfen. An der Spitze desselben findet sich in Art. 41 der Grundsatz der Verschuldenshaftung ausgesprochen. Die daran anschliessenden Bestimmungen bedeuten entweder nähere Ausführungen oder aber vom Gesetzgeber speziell anerkannte Ausnahmen dieses Prinzips. Zu letzteren gehören nun in erster Linie — darüber herrscht heute kein Streit — die Haftung urteilsunfähiger Personen (Art. 54), sowie diejenige des Werkeigentümers (Art. 58). Liegt es jetzt aber wirklich im Sinne des Gesetzes, nachdem es im Anschlusse an die einzelnen Fälle der Verschuldenshaftung deren allgemeine Voraussetzungen präzisiert, in Art. 54 ausnahmsweise eine Kausalhaftung zu statuieren, in Art. 55 ff. für die Haftung des Geschäftsherrn, resp. des Tierhalters[14]) neuerdings zur Culpa als rechtlicher Basis zurückzukehren, um dann schliesslich in Art. 58 ganz unmotiviert einen weiteren Fall der Kausalhaftung anzu-

[13]) Botsch. OR. 1905, S. 16 f.

[14]) Theorie und Praxis sind mit Recht stets davon ausgegangen, daß die rechtliche Grundlage für die Haftung des Aufsichtspflichtigen die gleiche sei, wie für diejenige des Geschäftsherrn und des Tierhalters. Treten auch die Gründe, die zu diesen besonderen Haftungsvorschriften im einzelnen geführt haben, nicht überall in gleichem Maße hervor, so verlangen sie ihrem Wesen nach doch dasselbe Haftungsprinzip. Rein äußerlich sprechen bereits der Wortlaut und die sachliche Zusammengehörigkeit der drei Bestimmungen im Systeme des Gesetzes dafür.

erkennen? Zur Bejahung dieser Frage werden wir nie gelangen, sofern wir nur unbefangen dem Sinne und Geiste unseres Gesetzes nachgehen und nicht in Versteifung auf ein Prinzip eine unnatürliche Auslegung erzwingen. Nach unserer Auffassung handelt es sich hier nicht um eine zufällige Regellosigkeit, die sich allerdings mit einer sorgfältigen Kodifikation nicht mehr vertragen würde, sondern um eine mit guten Gründen getroffene Anordnung im Systeme des Gesetzes.

Zu Zweifeln Anlass geben könnte vielleicht der Umstand, dass der Regress als nachträgliche Schadensausgleichung im internen Verhältnis, das typische Merkmal einer Haftung ohne eigene Schuld,[15]) gerade in Art. 333 ZGB mit keinem Worte berührt wird. Allein abgesehen davon, dass dieser früher in Art. 63 a. OR, wie im Entwurfe zum rev. OR v. J. 1909 in Art. 1070 ausdrücklich vorbehalten war, erachten wir denselben h e u t e auch vom Standpunkte der Kausalhaftung aus als absolut überflüssig, da hier, wie noch zu zeigen sein wird, Art 51 OR eingreift.[16])

Zusammenfassend sind die Ergebnisse unserer vorstehenden Untersuchung folgende: Rechtliche Grundlage der Haftung des Familienhauptes nach schweizer. ZGB Art. 333, Abs. I bildet nicht das subjektive Verschuldensprinzip, sondern ein anderes, rein objektives Moment,[17]) welches wir vorläufig noch

[15]) Selbst Bieder befremdet „im Systeme der Art. 61 und 62 — a. OR. — dieses weitgehende Regreßrecht“ (Art. 63 a. OR.): a. a. O. S. 359.

[16]) Mangels dieser Vorschrift, also auch für das frühere OR. hielten wir hingegen den ausdrücklichen Vorbehalt des Rückgriffs für notwendig, da Art. 60 a. OR. nicht ausreichen würde, weil die Mehreren nach unserer Ansicht nicht unbedingt den Schaden gemeinsam „verschuldet“ haben; a. A. scheint Burckhardt S. 544 zu sein. Egger Art. 333, Anm. 3 f. verweist das Familienhaupt dem Schädiger gegenüber lediglich auf die allgemeinen Grundsätze (OR. Art. 41, 54, 97 ff.).

[17]) Für eine solche über das Verschuldensprinzip hinausgehende objektive Zufallshaftung ist in Bezug auf Art. 61, 62 und 65 a. OR. wohl zum ersten Male energisch eingetreten Burckhardt S. 538 ff.; ihm sind gefolgt Trüssel S. 117 ff., Meier S. 230 ff.; in Bezug auf ZGB., Art. 333, Egger das; für Art. 55 und 56, Oser das.. Ebenso Huber, Vorlesungen zum OR. (§ 140). — Selbst die Gegner nähern sich gelegentlich dieser Auffassung, so z. B. Frey, S. 26, wenn er ausführt, daß der Institutsvorsteher für seine Pflegebefohlenen haftet, „w e i l durch seinen Betrieb die Gesellschaft gefährdet wird und w e i l die aequitas erfordert, daß er aus der Geltendmachung seiner Interessen nicht bloß den Nutzen ziehe, sondern auch den Schaden trage“.

Das Bundesgericht, welches, wie wir gesehen haben, im allgemeinen am Schuldprinzip festhält, scheint bezüglich der Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 62 a. OR. gleichfalls zu schwanken: sonst würde es nicht in BG. 29 (2), 489 plötzlich von seiner sonstigen Uebung abweichen und für die Entschädigungsbemessung die subjektiven Verhältnisse des beklagtischen Geschäftsherrn einfach unberücksichtigt lassen (mit einer Haftung aus eigener Schuld läßt sich dies nicht vereinigen); noch deutlicher kommt unsere Theorie zum Ausdruck in BG. 34 (2), 270, wo besonders hervorgehoben wird, daß die Frage, ob der Entlastungsbeweis nach Art. 62 a. OR. erbracht sei, nicht mit der Frage identifiziert werden dürfe, ob dem Prinzipal ein mit dem Schaden kausales Verschulden treffe.

ebensowenig als allgemeines Prinzip formulieren können, als dies den vielen anderen Erklärungsversuchen, die im Laufe der letzten Jahrzehnte in dieser Beziehung von massgebenderer Seite gemacht worden sind, gelungen ist.[18]) Wollten wir es trotzdem wagen, so kämen wir unwillkürlich auf unsere Rechtfertigungsgründe zurück und würden damit die Funktion der bereits als grundsätzlich gegeben angenommenen Verantwortlichkeit verwechseln mit ihrer rechtlichen Struktur. Wenn wir daher unsere Haftung eine Billigkeitshaftung nennen,[19]) so heben wir damit lediglich ein Merkmal besonders hervor, das zumal nach schweizerischem Recht als gesetzgeberisches Motiv vornehmlich mitgewirkt haben dürfte.[20]) Dieser Begriff würde jedoch — als „Prinzip" genommen — nicht einmal für das eine vorliegende Verhältnis des Aufsichtspflichtigen zum Hausgenossen, geschweige denn für die vielen anderen ähnlichen Verhältnisse ausreichen, da er eine restlose Subsumierung aller zur sachlichen Begründung des Institutes dienenden Erwägungen nicht gestattet, liesse sich also keinesfalls dem wissenschaftlich fassbaren Culpa-Prinzipe gleichwertig zur Seite stellen. Diese Billigkeitshaftung in Art. 333, Abs. I ist ausschliesslich eine Unterart der sog. Kausalhaftung, der objektiven Verursachung ohne Rücksicht auf das Verschulden, einer der gesetzlich sanktionierten Ausnahmefälle, der allerdings durch die dem Beklagten eingeräumte Entlastungsmöglichkeit erheblich gemildert wird.

Damit gelangen wir zur Bedeutung des Entlastungsbeweises. Seine Aufgabe besteht nicht in der Widerlegung einer Verschuldensvermutung, dem Beweise der Nichtschuld, sondern in dem Nachweise einer gesetzlich vorgeschriebenen Aktivität, einer Tätigkeit, die wir der Kürze halber — ungenau

---

[18]) Vgl. die treffliche Kritik der verschiedenen Formulierungen einer Kausalhaftung bei G. Rümelin S. 285 ff., Mitteis S. 272, Burckhardt S. 503 ff. und 520 ff.: Ueberall derselbe Gedanke, daß nämlich eine fruchtbare Lösung der Frage nur dann gefunden werden könne, wenn von Fall zu Fall geprüft werde, ob nicht die besonderen Voraussetzungen ein Abweichen vom anerkannten Verschuldensgrundsatze bedingen.

[19]) Besonders betont wird dieser Gesichtspunkt wiederum von Mitteis S 276; nach ihm läßt sich das Problem der Haftung ohne Verschulden überhaupt nicht lösen, sofern nicht der Schritt zur Billigkeit gewagt wird. — Vgl. auch Trüssel S. 119, Th. Guhl a a. O.; bezügl. der Tierhaftung Meier S. 234.

[20]) Geradezu charakteristisch ist Hoffmanns Motivierung in St.-R., Bd. 20, S. 166: ... Man fand, es sei kein Grund, von der bisherigen Praxis (des Bundesgerichts, wie wir oben Anm. 10 erfahren haben) abzugehen; es entspreche der Billigkeit immer noch besser, daß der Arbeitgeber, und derjenige, der rechtlich verpflichtet ist, die häusliche Aufsicht zu führen, den eingetretenen Schaden heile, als daß ihn das unschuldige Opfer an sich selbst tragen muß.

— als Aufsichtspflicht bezeichnen.[21]) Gelingt dieser, so wird zu Gunsten des Beklagten angenommen, er habe überhaupt alles getan zur Verhütung des Schadens — ohne Rücksicht auf seine reale Schuld oder Nichtschuld, d. h. ausnahmsweise wird von der gesetzlich statuierten Kausalhaftung abgesehen. Es handelt sich somit nicht um eine prozessuale Exkulpation, sondern um einen materiellrechtlichen Exzeptionsbeweis.[22]) — Man wird uns sofort einwenden, wieso denn nach unserer Ansicht entgegen dem Wortlaut des Gesetzes eine Haftbefreiung durch Nachweis mangelnder Kausalität erfolgen könne; ein Einwand, der uns gleich zu der weiteren Frage führt, weswegen denn überhaupt die einmal gutgeheissene Verursachungshaftung sofort wieder eingeschränkt werden müsse. Gegenüber dem ersten Einwande ist darauf aufmerksam zu machen, dass selbst die absolute Kausalhaft, wie schon ihr Name sagt, zum mindesten einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Handeln oder Unterlassen des Haftpflichtigen und der Schädigung voraussetzt, während Ereignisse, die ausserhalb des Bereiches objektiver Einwirkungsmöglichkeit liegen (vis maior), mangels Kausalität trotz verschärfter Verantwortlichkeit einer Person nicht angerechnet werden können. Dazu kommt, dass in concreto eine Exzeptionsmöglichkeit vorgesehen ist und es dem Zwecke derselben zuwiderlaufen würde, wenn sich der Beklagte bei nachgewiesener Sorgfalt in der Beaufsichtigung von seiner Haftung befreien könnte, nicht dagegen dann, wenn er die fehlende Kausalität zwischen Beweisthema und Schädigung dartut. Es ist eben gerade Aufgabe des Entlastungsbeweises — und damit geben wir die Anwort auf die zuletzt aufgetauchte Frage —, die gesetzliche Haftpflicht, soweit es die Interessen der Beteiligten erfordern, zu mildern. Wie die Billigkeit ursprünglich zu einer verschärften Verantwortlichkeit führte, verlangt sie hier in Verbindung mit anderen Motiven, namentlich zwecks Vermeidung einer Ueberspannung des Aufsichtsbegriffes im Interesse der Aufsichtsbedürftigen, eine Abschwä-

[21]) Nicht die Verletzung einer eigentlichen Aufsichtspflicht, sondern die Nichtbeobachtung der von Gesetzes wegen erforderten über diese Pflicht hinausgehenden Sorgfalt in der Beaufsichtigung führt zur Verantwortlichkeit: Die Aufsichtspflicht als solche ist somit nicht das haftungsbegründende Moment, sondern gab lediglich den Anstoß zu einer gesteigerten Haftpflicht.

[22]) So sämtliche Anhänger der objektiven Haftung; schon Unger S. 68 f. weist nachdrücklich darauf hin. — Abgesehen von der Frage, ob der Bundesgesetzgeber überhaupt zur rein prozessualen Beweislastregelung kompetent gewesen wäre (hierzu Kuhn S. 16), muß man sich doch stets dessen bewußt sein, daß seine Aufgabe in erster Linie die war, materielles Zivilrecht, nicht aber Prozeßrecht zu schaffen, weshalb auch seine Satzungen materiellrechtlich auszulegen sind.

chung der strengen Haftung zu Gunsten des Familienhauptes.[23]) Dass dieser gegenüber einer Exkulpation objektiv erleichterte Exzeptionsbeweis bei vernünftiger Würdigung seitens des Richters im Hinblick auf den Beklagten wohltätig wirkt und mittelbar die Interessen der Aufsichtsbedürftigen, wie die eines gesunden Fortschritts schützt, ist im Verlaufe dieser Arbeit wiederholt betont worden.

Wird dagegen der Nachweis der von Gesetzes wegen zu prästierenden Sorgfalt oder der mangelnden Kausalität aus irgend einem Grunde nicht erbracht, so hat der Aufsichtspflichtige ohne Rücksicht auf seine Culpa dem schuldlos verletzten Dritten für den angerichteten Schaden aufzukommen. Mit Wegfall des Exzeptionsbeweises überwiegen die Interessen des Geschädigten diejenigen aller übrigen Beteiligten: an Stelle der bedingten tritt die unbedingte Billigkeitshaftung.[24])

C. Konsequenzen der objektiven Haftung.

Von der Erwägung ausgehend ,dass für unser heutiges Schadenersatzrecht am Grundsatze des Verschuldens so lange — aber auch nur so lange — festzuhalten sei, als nicht besondere Voraussetzungen eine Abweichung begründen und sich nach dem bestehenden Gesetze dieser Grundsatz konsequent und zwanglos durchführen lässt, haben wir das Culpa-Prinzip als eine für unsere Verantwortlichkeit unnatürliche Basis abgelehnt und sehen, gestützt auf die vorangegangene Untersuchung statt dessen in Art. 333, Abs. I ZGB eine objektive Kausalhaftung. Von diesem Standpunkte aus sind im folgenden einige wichtige Erscheinungen zu behandeln, welche uns die

---

[23]) Burckhardt, S. 520, bezeichnet unsere Verantwortlichkeit als „einen Kompromiß zwischen objektiver und subjektiver Haftung; prinzipiell objektive Haftung, aber mit Vorbehalt des Exzeptionsbeweises der Bewährung bestimmter Diligenz". Weiter — u. E zu weit — geht G. Rümelin S. 310 f., der überhaupt jeden Entlastungsbeweis wenigstens für die elterliche Haftung ausschließt; er nähert sich damit der bekannten Herrschaftshaftung, wie wir sie in unserem historischen Teile kennen gelernt haben und wie sie heute neuerdings von Gierke S. 802 f. angestrebt wird: eine derartige Haftpflicht ginge dann sogar über die reine Kausalhaft hinaus; denn selbst von einer adaequaten Verursachung könnte hier kaum mehr gesprochen werden.

[24]) Nach dem Vorbilde Oetkers S. 179 ff. könnten wir unsere Verantwortlichkeit eine sog. formelle Deliktsgarantie nennen insofern, als es sich im Vorliegenden ja ebenfalls um eine Haftung bei möglicher Schuld in dem Sinne handelt, daß zwar an das Pflichtbewußtsein des Familienhauptes appelliert wird (Prävention), jedoch die Haftpflicht auch ohne Pflichtverletzung eintritt; dies im Gegensatz zur bloßen Ersatzhaftung (im römischen und ältesten deutschen Recht) einerseits, wo vom Pflichtmotiv überhaupt abgesehen wurde, zur materiellen Garantiehaftung andererseits (Verschuldensprinzip), wo nur die pflichtwidrige Nichthinderung, d. h. eine Verletzung der Aufsichtspflicht die Verantwortlichkeit begründet.

Bedeutung der rechtlichen Natur unserer Haftung klarer zum Bewusstsein bringen werden.

Weil die hier vertretene Auffassung vom Verschulden, dem subjektiven Momente auf Seiten des Haftpflichtigen absieht, eine Deliktsfähigkeit also überhaupt nicht verlangt, ergibt sich als nächstliegende Folge die, dass selbst ein Unzurechnungsfähiger unter Umständen nach Art. 333, Abs. I einzustehen hat. Er kann sich nicht dadurch befreien, dass er seine mangelnde Deliktsfähigkeit oder die unverschuldete Unmöglichkeit der Ausübung seiner Aufsichtsbefugnis dartut.[1]) Wir stehen damit in diametralem Gegensatz zur Verschuldenstheorie, die in solchen Fällen eine Exkulpation stets zulassen müsste;[2]) danach würde dann der schuldlos Verletzte lediglich deshalb leer ausgehen, weil der betreffende Aufsichtspflichtige zufällig dank seiner subjektiven Unfähigkeit nicht imstande war, die Umgebung vor schädigenden Eingriffen seiner Schutzbefohlenen zu sichern, während man dem gleichen Verletzten gegenüber unter für ihn völlig gleichbleibenden Bedingungen mit Befriedigung konstatiert, dass ein anderer Beklagter, der trotz gewissenhafter Pflichterfüllung seiner erschwerten Beweislast nicht gewachsen ist, ohne jede materielle Schuld verurteilt wird. Eine derartige Bevorzugung des einen Geschädigten vor dem anderen, einzig der Prävention zuliebe, hiesse die besonderen objektiven Voraussetzungen, welche der Haftung zugrunde liegen, ignorieren und wäre schon im Interesse einer gerechten Schadenverteilung unbedingt zu verwerfen. Sollten uns die Vertreter der Culpa-Präsumtion entgegenhalten, es sei dies nur eine scheinbare Ungereimtheit, indem da, wo es die Billigkeit verlange, die Verursachungshaftung nach Art. 54, Abs. I OR Platz greife, so müssten wir hierauf erwidern, dass durch dieses Verlegenheitsmittel dem Kläger nur teilweise geholfen werde. Denn diese objektive Verantwortlichkeit kann nach richtiger Ansicht nur dann eingreifen, wenn das konkrete objektiv widerrechtliche Verhalten des Urteilsfähigen unter der Fiktion seiner Deliktsfähigkeit ein schuldhaftes gewesen wäre.[3]) Erst unter dieser abstrakten Voraussetzung k a n n der Richter eine Ersatzpflicht aussprechen. M. a. W. in unserem Falle, wo die Culpa-Präsumtion ohnehin durch den Nachweis der mangelnden Zurechnungsfähigkeit bereits gebrochen wäre, hätte der Verletzte zur Begründung seiner Klage aus Art. 54, Abs. I diejenigen Um-

[1]) Daß dies auch nicht möglich ist durch den Hinweis auf das „durch die Umstände gebotene" Maß, ist früher — ob. IV — gezeigt worden; denn, was die Umstände g e b i e t e n, läßt sich nur o b j e k t i v richtig beurteilen.

[2]) So ganz deutlich Bieder S. 344.

[3]) Den Grund der Haftung bildet trotzdem nicht das Verschulden, sondern die objektive Billigkeit.

stände darzutun, welche gegebenenfalls — bei vorliegender Zurechnungsfähigkeit — zur Verantwortlichkeit des Familienhauptes geführt hätten. Er würde sich damit in dieselbe Notlage versetzt sehen, wie wenn man ihm den Nachweis eines Verschuldens auferlegte und hätte schliesslich ebenso viel erreicht, wenn er gleich von Anfang an auf die allgemeinen Haftungsgrundsätze verwiesen worden wäre. Die objektive Billigkeitshaftung des Art. 54, Abs. I OR bildet wohl eine besonders statuierte Ausnahme gegenüber dem strengen Verschuldensgrundsatze, kann jedoch nicht den Zweck haben, unsere Verantwortlichkeit zu modifizieren.

Da auf eine Culpa des Haftpflichtigen nichts ankommt, lassen sich aber auch die allgemeinen Bestimmungen über die „unerlaubten Handlungen" (Art. 41 ff. OR) auf unsere Spezialvorschrift nur beschränkt, d. h. nur soweit anwenden, als sie nicht ein Verschulden zur Voraussetzung haben.

Dass der Verletzte gemäss Art. 42, Abs. I OR als Kläger den Schaden zu beweisen hat, ist bereits gezeigt worden.[4]) Ebenso bestimmt der Richter nach freiem Ermessen den „nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden", wie dies Art. 42, Abs. II OR allgemein vorsieht.

Wichtiger als die Art der Festsetzung des Schadens ist für uns die Frage, wie sich die Bemessung des Ersatzes gestaltet. Denn hier präsentiert sich die wissenschaftliche Behandlung der Rechtsnatur in ihrer praktischen Tragweite. Da nämlich Art. 43, Abs. I OR den Richter zwecks Bestimmung des Schadenersatzes auf die Grösse des Verschuldens verweist, wird dieser gezwungen, Farbe zu bekennen. Vom Standpunkte der vermuteten Culpa aus ist es ebenso logisch wie konsequent, als Masstab dasjenige Verschulden zu betrachten, welches die Haftung begründet. Es wird deshalb derjenige, welcher wie Gysler im Verschulden des Täters das obligationserzeugende Moment erblickt, auf dieses abstellen,[5]) während die herrschende Theorie dem Beispiele Bieders[6]) folgend je nach der Grösse der Culpa des Aufsichtspflichtigen den Umfang des Schadenersatzes bemisst.[7]) Nach der ersten Auffassung kann es sich ereignen, dass der Haftende trotz grober Pflichtver-

[4]) Ob. V.
[5]) Gysler S. 31 f.
[6]) a. a. O. S. 358.
[7]) So BG. 38 (2), 478; ebenso bezügl. der Haftung des Geschäftsherrn BG. 27 (2), 504. Im Gegensatz hierzu erklärt BG. 29 (2), 489 ausschließlich als maßgebend „die direkte schädigende Einwirkung — das Verhalten des Schädigers"; letzterer Entscheid erscheint uns vom grundsätzlichen Standpunkt des BG aus gerade so zweifelhaft, wie wenn Egger Art. 333, Anm 3e das Verschulden der aufsichtspflichtigen Person, Oser Art. 55, V, 1c dagegen dasjenige des Angestellten entscheiden läßt (verneinen doch die beiden Letztern grundsätzlich überhaupt jedes Verschulden!).

letzung auf Grund des geringen Verschuldens des Täters nur zu teilweisem Schadenersatze verurteilt wird, nach der zweiten Ansicht dagegen ist es wohl möglich, dass der Aufsichtspflichtige dank seiner persönlichen culpa levissima ungeachtet der dolosen Schädigung des Täters nur den kleinsten Teil des Schadens zu ersetzen hat, Beide Resultate sind unbefriedigend und entsprechen den unserer Rechtnorm gesetzten Zwecken selbst dann nicht, wenn, abgesehen von diesem Verschulden, alle rechtlich irgendwie relevanten Umstände mitberücksichtigt werden. — Näher kommt man der ratio legis auch hier mit der objektiven Haftungstheorie, wonach grundsätzlich, d. h. ohne Rücksicht auf jedes Verschulden vom Aufsichtspflichtigen der volle Schadenersatz zu leisten ist. Die Culpa des Schädigers ist in Bezug auf die Haftung aus Art. 333, Abs. I ZGB für die Bemessung des Ersatzes gemäss Art. 43, Abs. I OR ebenso bedeutungslos, wie die vom beklagten Familienhaupte zu seiner — misslungenen — Entlastung vorgebrachten Tatsachen, mögen diese auch noch so sehr auf ein geringeres Verschulden schliessen lassen. Dagegen wird mit dieser Lehre nicht etwa ausgeschlossen die Würdigung der Umstäede; gegenteils dürften letztere gelegentlich ein Korrektiv bilden in Fällen, wo der Entlastungsbeweis als ungenügend erachtet wird. Hier kann alsdann eine Reduktion der Entschädigung eintreten auf Grund besonderer tatsächlicher Momente,[8]) jedoch niemals eine mit dem Verschulden proportionale Abstufung.

Art. 43, Abs. II OR gilt natürlich für unsere Haftung entsprechend. Dasselbe muss gesagt werden von der besonderen Umschreibung des Schadenersatzes im Falle der Tötung und Körperverletzung (Art. 45 ff. OR), wobei namentlich zu beachten ist, dass gemäss Art. 47 der Richter da, wo es die Umstände rechtfertigen, dem Verletzten eine Genugtuung als Ersatz für die erlittenen immateriellen Nachteile zusprechen kann.[9])

---

[8]) Wohl zu beachten ist hier die gegenüber ihrer Bedeutung in unserem Exzeptionsbeweis (ob. Anm. 1) wesentlich veränderte Funktion der „Umstände"; bei deren Würdigung gemäß Art. 43, I kommen nicht mehr nur objektive, sondern ebensogut subjektive Momente in Betracht. Mit Recht sieht denn auch Th. Guhl S. 31 in der Vorschrift „einen Rat des Gesetzgebers an den Richter, bei seinem freien Ermessen die weitgehendste Billigkeit walten zu lassen", nachdem derselbe vorher ausgeführt, daß die Praxis darunter alles zusammenfasse, was rechtlich nur von einiger Bedeutung sein könne, vom abnormalen Verlaufe des schädigenden Ereignisses an bis zur sozialen und finanziellen Stellung der Parteien.

[9]) Ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit unserer Kausalhaft auf Art. 48 und 49 OR., da diese als leges speciales des Art. 41 ausdrücklich nur bei „Verschulden" Platz greifen wollen; eine hierauf gegründete Haftpflicht könnte auch dem Familienhaupte gegenüber nur nach allgemeinen Grundsätzen geltend gemacht werden.

Ebenso muss es sich der in casu verletzte Dritte gemäss Art. 44, Abs. I unbedingt anrechnen lassen, wenn er den Schaden entweder selbst verschuldet oder wenigstens mitverursacht hat (BG 39 (2), 744). Es handelt sich hier nicht mehr um eine eigentliche Culpakompensation, sondern um Herabsetzungsgründe, die durchaus im Einklang stehen mit unserer Billigkeitshaftung. Wird jedoch umgekehrt der Aufsichtsbedürftige durch einen Dritten geschädigt, so kann ihm oder dessen gesetzlichen Vertreter de lege lata[10]) nicht entgegengehalten werden, sein Familienhaupt habe das gesetzliche Mass von Sorgfalt in der Familienhaupt habe das gesetzliche Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung missachtet. Denn ein Umstand, für den der geschädigte Schutzbefohlene einzustehen hätte (Art. 44, Abs. I OR), kann doch nicht schon darin gefunden werden, dass ein Dritter, der Aufsichtspflichtige, den ihm auferlegten Entlastungsbeweis nicht erbracht hat.[11]) — Klagt endlich der Aufsichtspflichtige suo nomine wegen einer dem Untergebenen zugefügten, ihn — den Kläger — gleichzeitig persönlich treffenden Schädigung (z. B. das Familienhaupt überlässt seinem des Reitens wenig kundigen Hausgenossen ein arabisches Vollblut; bei der nächsten offenstehenden Bahnbarriere verliert der Aufsichtsbedürftige die Gewalt über sein Tier, wird vom herannahenden Zuge erfasst und Ross und Reiter werden getötet), so kann der Dritte allerdings die Nichtbeobachtung der erforderlichen Aufsicht dem Kläger gegenüber geltend machen, allein er hat diese seine Einrede nach gewöhnlichen Grundsätzen zu beweisen. Könnte man bei Annahme einer Schuldpräsumtion eventuell versucht sein, diese Vermutung auch hier bis zum Beweise des Gegenteils fortbestehen zu lassen, bezw. dem klägerischen Aufsichtspflichtigen bis zu seiner Exkulpation den Ersatzanspruch zu versagen,[12]) so wäre dies bei unserer Betrachtungsweise mangels ausdrücklicher Spezialvorschriften ganz ausgeschlossen, da die ausnahmsweise gesetzliche Kausalhaftung

[10]) De lege ferenda a. A. Burckhardt S. 532, der wenigstens für den objektiv Haftenden eine solche Einrede e culpa tertii in Anspruch nimmt.

[11]) Deutlich hat dies einmal das BG. ausgesprochen hinsichtlich des Art. 2 EHG. (Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 1. Juli 1875) mit der nach seiner Auffassung logischen Begründung, daß es in Wahrheit das Kind für fremde Schuld haften lassen hieße, wenn es sich eine Fahrlässigkeit seiner Eltern anrechnen lassen müßte (BG 31 (2), 34). Abweichend BG. 24 (2), 214 teils aus praktischen Gesichtspunkten, teils per analog im durch den Hinweis auf die Anrechnung des Selbst-, bezw. Mitverschuldens des getöteten Versorgers gegenüber der Schadenersatzklage seiner Hinterlassenen; letztere Motivierung trifft kaum zu, da eben im Gegensatz zum verletzten Kinde der aus Art. 45, Abs. III OR. klagende Dritte nicht der faktisch Verletzte, sondern nur der mittelbar Beschädigte, der ausnahmsweise zur Klage Berechtigte ist. — Vgl. ferner BG. 32 (2), 463, 33 (2), 601.

[12]) So Feder S. 106, Anm. 2, auf Grund positivrechtlicher Bestimmung.

wohl eine Ersatzpflicht begründen, nicht aber — was ausserhalb ihrer Zweckbestimmung läge — Ersatzberechtigungen beseitigen will.

Da aus dem Misslingen des Entlastungsbeweises nicht ohne weiteres auf ein Verschulden, sondern zunächst bloss auf die objektive Verursachung seitens des Aufsichtspflichtigen geschlossen werden darf, kann der Richter die Ersatzpflicht auch dann ermässigen, wenn der Haftende durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage geriete (Art. 44, Abs. II OR), es sei denn, der Kläger weise dem Beklagten Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nach, oder es ergebe sich ein derartiges Verschulden bereits aus der Würdigung des Entlastungsmaterials.

Diese Ermässigungsmöglichkeit des Richters nach Art. 44 OR, welche sogar bis zum gänzlichen Wegfall der Ersatzpflicht führen kann, bildet zumal in Verbindung mit der weitherzigen Exzeption und dem Regressrecht ein wirksames Ventil zur Regulierung der rücksichtslosen Kausalhaft. Von letzterer in ihrer rohen Form unterscheidet sich gerade unsere modernisierte Billigkeitshaftung dadurch, dass sie sich nicht mehr einseitig bloss auf den Standpunkt des zufällig Verletzten stellt, sondern daneben auch den Interessen des Familienhauptes, wie dessen Tragfähigkeit gerecht wird.

Anschliessend an diese Betrachtung der Schadensfestsetzung und der Bestimmung des Schadenersatzes prüfen wir das Verhältnis der verschiedenen nach Art. 333, Abs. I ZGB und Art. 41 ff. OR möglichen Schadenersatzansprüche untereinander und verbinden damit die Behandlung des Regressrechts.

Im Verhältnis zu Art. 41 OR bildet Art. 333, Abs. I ZGB eine besondere Art der Schadenszufügung. Bezieht sich nämlich die erste Bestimmung auf alle beliebigen Schädigungen, so beschränkt sich die zweite auf einige besondere Lebensverhältnisse. Als objektiv engere Satzung geht diese jedenfalls jener weiteren vor, d. h. der durch einen aufsichtsbedürftigen Hausgenossen geschädigte Dritte hat zunächst nur einen Anspruch, denjenigen aus Art. 333, Abs. I ZGB. — Allein ist damit überhaupt jeder andere Ersatzanspruch konsumiert? Wir glauben nicht. Ein Vertreter der Culpa-Lehre müsste die aufgeworfene Frage allerdings bejahen, indem durch den Nachweis des Nichtverschuldens eine weitere Ersatzpflicht ausgeschlossen wäre. Der Beklagte hat sich exkulpiert, mehr kann von ihm nicht verlangt werden. — Nach unserer Ueberzeugung aber bedeutet Art. 333, Abs. I ZGB gegenüber Art. 41 OR nicht eine lex specialis in dem Sinne, dass ihre wesentlichen Merkmale in der lex generalis des Art. 41 OR aufgingen, sondern er enthält auf durchaus veränderter rechtlicher Grund-

lage eine neue Haftung,[13]) die nur insofern einen Spezialfall der unerlaubten Handlung i. e. S. darstellt, als sie mit dieser die allgemeinen objektiven Voraussetzungen gemein hat. Als blosse Ergänzung der allgemeinen Verschuldenshaftung ist sie nicht erschöpfend und schliesst daher letztere keineswegs vollständig aus. Nicht um eine Gesetzeskonkurrenz, wo tatsächlich nur ein Anspruch zur Entstehung kommt, handelt es sich, sondern um mehrere, selbständig konkurrierende Ansprüche.[14]) Es muss daher dem Kläger gestattet sein, bis zu seiner völligen Befriedigung[15]) neben unserem speziellen Haftpflichtanspruche durch Nachweis eines Verschuldens des Familienhauptes subsidiär eine Schadenersatzklage nach den allgemeinen Grundsätzen zu begründen.[16])

Anders verhielte es sich, wenn beispielsweise der als Familienhaupt Haftende zugleich als Geschäftsherr oder Tierhalter (Art. 55 u. 56 OR) einzustehen hätte. Hier würden rein zufällig mehrere Spezialvorschriften einer und derselben

[13]) Auch Siber S. 222 scheint das Kriterium für die Anspruchskonkurrenz in der Verschiedenheit des Entstehungsgrundes („schuldhafte Einwirkung auf die Sache") zu erblicken. — Im übrigen bildete gerade diese Abgrenzung der Gesetzeskonkurrenz von der Anspruchskonkurrenz, die Schwierigkeit der Bestimmung, wann das Verhältnis einer lex specialis zur lex generalis vorliege, den inneren Grund für die außerordentliche Umstrittenheit dieser Materie. Vgl. Hellwig S. 90 ff. und 105 ff., der eine einfache Anspruchskonkurrenz da annimmt, wo verschiedene Ansprüche, die dasselbe rechtliche Interesse des Gläubigers zu befriedigen bestimmt sind, aus verschiedenen Tatbeständen (ex diversa causa) entstehen, von Gesetzeskonkurrenz dagegen dann spricht, wenn ein Tatbestand mit einem Anspruch vorliegt, dessen Inhalt aus verschiedenen Rechtssätzen zu bestimmen ist. Auf dieser Basis gelangt er schließlich dazu, die Vertragsnorm als lex specialis der allgemeinen Deliktsvorschrift zu proklamieren — ein Ergebnis, das heute von der herrschenden Lehre bereits wieder aufgegeben ist (folgende Anm.).

[14]) Ueber den heutigen Stand der Wissenschaft bezügl. des noch jetzt nicht abgeklärten Problems der Anspruchskonkurrenz, vgl. Faulmann S. 28 ff.; ebenso a. a. O. S. 14 spez. über die Konkurrenz deliktischer Ansprüche untereinander: Der Anspruch aus BGB. § 823, Abs. I, konkurriert mit denjenigen aus §§ 823, Abs. II, 824, 825, 826 l. c.

Für die im Texte vertretene Ansicht spricht wohl auch Fick vor Art. 41, Anm. 27 und 28, wonach sich zwar die Haftbarkeit aus Tötung und Körperverletzung ausschließlich nach Art. 45—47 OR. beurteilt, während die Verschuldenshaft des Art. 41 OR. neben der weiteren Haft des Art. 58 OR. bestehen kann (BG. 22, 1154 weist wenigstens daraufhin). — Nicht vergleichen läßt sich unser Verhältnis mit demjenigen der erschöpfenden Spezialgesetzgebung zum gemeinen Recht der unerlaubten Handlungen; hier anerkennen auch wir einen weiteren Anspruch aus OR. gegenüber demselben Haftpflichtigen nur, sofern auf letzteres verwiesen wird (Fick vor Art. 41, Anm. 36 ff.)

[15]) Mangels eines Schadens fehlt jedes rechtliche Interesse, weshalb sämtliche konkurrierende Ansprüche als gegenstandslos dahinfallen.

[16]) In praxi dürfte sich diese Anspruchskonkurrenz regelmäßig einfach so gestalten, daß der Kläger bereits für die erste Verhandlung sämtliche Tatsachen vorbringt, aus denen die konkurrierenden Ansprüche resultieren. Es geht dabei, wie Siber ausführt (a. a. O. S. 258), prozessualisch vollkommen sicher sowohl

objektiven Haftung konkurrieren, die jedoch in Wirklichkeit nur einen Anspruch, eine obligatio ex lege erzeugten.[17])

Mehrere Aufsichtspflichtige, sei es, dass sie für denselben Täter verantwortlich sind (z. B. das gesetzliche und das vertragliche Familienhaupt), sei es, dass derselbe Schaden durch mehrere Aufsichtsbedürftige bewirkt worden ist, haften partiell, ein jeder pro rata.[18]) Wird dagegen ein Verschulden nachgewiesen, so haften die einzelnen gemäss Art. 50 OR solidarisch für den ganzen Schaden, wobei der Richter die endgültige interne Schadenstragung, die gegenseitigen Rückgriffsrechte nach freiem Ermessen bestimmt.

Ist neben dem haftpflichtigen Familienhaupte der Täter persönlich aus Art. 41 OR verantwortlich, bestehen somit mehrere selbständige Ansprüche verschiedenen Personen gegenüber, so ist der verletzte Dritte wiederum berechtigt, einem jeden gegenüber den ganzen Schaden geltend zu machen. Doch weicht diese sog. unechte Solidarität von dem soeben besprochenen echten Solidarverhältnis insofern ab, als die beiden Ansprüche hier auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen.[19]) Mangels einer positiv-rechtlichen Bestimmung herrschte bisher Streit darüber, ob in solchen Fällen, wo unter den Beteiligten ein Rechtsverhältnis überhaupt nicht bestand, trotzdem ein Rückgriff des zahlenden Schuldners gegenüber seinen Mitverpflichteten zugelassen werden müsse oder aber ob der Schaden von dem zufällig Belangten endgültig zu tragen sei, es also der Willkür des Klägers anheimgestellt bleibe, sein — möglicherweise das am wenigsten schuldige — Opfer

---

nach der Substanziierungs- als nach der Individualisierungstheorie (hierzu E. Jaeger, ZP.-Vorlesung, S. 83), „weil er nicht gezwungen ist, mit seiner eigenen juristischen Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs Farbe zu bekennen, und sich damit der Gefahr auszusetzen, daß die Beurteilung des Gerichts eine abweichende sein könnte". — Vgl. ferner Hellwig S. 106, betr. andere Prozeßwirkungen der Anspruchskonkurrenz.

[17]) Es handelt sich alsdann um eine reine Gesetzeskonkurrenz, indem die scheinbar mehreren Ansprüche rechtlich durchaus auf denselben Entstehungsgrund zurückgehen, so daß in Wahrheit nur ein einziger, von mehreren Rechtsnormen betroffener Anspruch vorliegt. Es fragt sich jeweilen, welcher der in Betracht kommenden Rechtssätze als speziellerer dem generelleren nach Sachlage vorgehen soll; nach durchgeführter Klage auf Grund der einen Vorschrift ist jeder weitere Anspruch ausgeschlossen. BG. 22, 1184 (Art. 65 geht Art. 61 a. OR. vor); ähnlich BG. 35 (2), S. 284.

[18]) Ebenso Burckhardt S. 559 f., Meier S. 299 f. hinsichtlich der Tierhaftung; a. A. — wie Bieder und seine Anhänger — BG 38 (2), 477 f. (Solidarhaft mehrerer nach Art. 61 a. OR. Haftpflichtiger). — Nach Art. 143, Abs. II OR. wird solidare Haftung nicht vermutet.

[19]) Mit besonderem Nachdruck ist diese Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität (ungenau sog. Klagenkonkurrenz) betont worden von A. Guhl S. 162 ff., 230: Danach ist echte Solidarität nur gegeben bei einer Haftung mehrerer Delinquenten, die aus demselben einen materiellen Schuldgrund, der einen

definitiv zu bezeichnen.[20]) Diese Unsicherheit in Doktrin und Judikatur veranlasste den Gesetzgeber zur Aufnahme des Art. 51 im heutigen OR.

Während nun im Falle einer blossen Culpa-Präsumtion für das Verhältnis der Haftung des Aufsichtspflichtigen zu derjenigen des Täters ausschliesslich ein gemeinsames Verschulden nach Art. 50 OR in Betracht käme, ist für uns, wie früher bereits angedeutet wurde,[21]) der ausdrückliche Regressvorbehalt in Art. 63 a. OR entbehrlich geworden durch Art. 51 OR. Das ex lege haftende Familienhaupt und der ex delicto verantwortliche Hausgenosse haben demgemäss nach aussen ein jeder für den ganzen Schaden aufzukommen. Allein diese vorläufige Schadenstragung findet intern ihre endgültige Ausgleichung erst im Regressverfahren, wo der Richter den Umfang des Rückgriffs nicht mehr bloss nach seinem freien Ermessen bestimmt, sondern unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschrift von Art. 51, Abs. II OR: „Dabei trägt in der Regel Derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie Derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist." Dieser Maßstab ist der richterlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Es kann sich also regelmässig der schuldlose Aufsichtspflichtige seinerseits wieder am verantwortlichen Täter schadlos halten.

Schadensverursachung verpflichtet sind; in allen übrigen Fällen, wo also dieser „Rechtsgrund" ein verschiedener ist, liegt bloße unechte Solidarität vor. Letztere weicht dadurch wesentlich von ersterer ab, daß sie kein besonderes Verhältnis zwischen den mehreren Mitverpflichteten schafft und daher für eine Rückgriffsmöglichkeit regelmäßig überhaupt nicht — höchstens ausnahmsweise billigkeitshalber — geeignet ist. — Auch in der Rechtsprechung hatte diese Abgrenzung innerhalb der Anspruchskonkurrenz trotz fehlender positiver Bestimmungen Eingang gefunden: So u. a. mit ausführlicher Erörterung BG. 24 (2), 134 ff., 136 (ein Rückgriffsrecht wird anerkannt „nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung"); ferner BG. 38 (2), 622 („solidarité imparfaite").

Neuestens ist Gröner in seiner verdienstvollen Arbeit, S. 41 ff., gegen eine derartige Einteilung der Gesamtschuldverhältnisse aufgetreten; wohlbegründet verlangt er a. a. O. S. 46 ff. zwecks Vermeidung jeder Willkür seitens des Berechtigten für alle diese Verhältnisse gleichermaßen Zulassung des Regresses. Dieser ergibt sich schon aus der Tatsache der Konkurrenz, weshalb ihn genannter Autor als „Konkurrenzregreß" bezeichnet. Der Text zeigt im folgenden, daß sich das geltende Recht vorwiegend auf letzteren Standpunkt stellt.

[20]) Man erinnere sich nur des Entscheides in BG. 35 (2), 238, wo die Versicherungsgesellschaft mit der Ehefrau und den Kindern des Verunfallten gemeinsame Sache machte, um schließlich dem Hauseigentümer gegenüber eine Schadenersatzklage zu veranlassen, die geschützt werden mußte, ohne daß ein Ausgleich zwischen dem verurteilten Beklagten und der doch gleichfalls mitverpflichteten Versicherungsgesellschaft stattfinden konnte. Derartigen bedenklichen Vorkommnissen wird heute durch Art. 51 OR. wirksam begegnet (St.-R. Bd. 20, S. 166).

[21]) Oben B.

Gestützt auf Art. 51 OR haben wir heute ferner keine Veranlassung mehr, Art. 54, Abs. I OR ausschliesslich als subsidiäre Haftungsvorschrift zu behandeln. Abgesehen davon, dass das frühere „ausnahmsweise" (Art. 58 a. OR) im geltenden Rechte verschwunden ist,[22]) „kann" der Richter ja diese Verantwortlichkeit Urteilsunfähiger auch heute nicht willkürlich, sondern nur aus konkreten Billigkeitsgründen aussprechen, so dass er es regelmässig z. B. da nicht tun wird, wo daneben noch ein Aufsichtspflichtiger belangt werden könnte.[23]) Allein dies ermöglicht nicht erst die konstruierte Subsidiarität, sondern bereits das dem Richter eingeräumte freie Ermessen. Andererseits ist nunmehr dem nach Art. 54 OR. verurteilten Unzurechnungsfähigen durch Art. 51 der Regressweg geöffnet gegenüber demjenigen, welcher dem eingetretenen Schaden näher steht. In vielen Fällen aber widerspräche es geradezu jeder Gerechtigkeit, wenn dem — sei es zufolge der „bloss" umgekehrten Beweislast, sei es dank unserer Zufallshaft — schuldlos verurteilten Familienhaupte von vorneherein jede Rückgriffsmöglichkeit abgeschnitten würde unter Berufung auf die subsidiäre Natur der Billigkeitshaftung in Art. 54 OR. Das Gesetz gibt uns hiefür absolut keine Anhaltspunkte, während sich die gegenteilige Ansicht sehr wohl verteidigen lässt. Aus diesen Erwägungen kommen wir zum Ergebnis, dass eine Anspruchskonkurrenz, bezw. ein Regressrecht schon dann vorliegt, wenn neben den Aufsichtspflichtigen der Schädiger nur aus Art. 54, Abs. I OR verantwortlich ist. —

Im Hinblick auf die mehreren Ansprüche, die aus Delikten Aufsichtsbedürftiger erwachsen können, bietet endlich einige Besonderheit Art. 60 OR, der als Verjährungsvorschrift für alle selbständigen unerlaubten Handlungen (Delikte und Quasidelikte) gleichmässig gilt. Wenn nämlich das Gesetz bestimmt, der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjähre ordentlicherweise in einem Jahre von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt habe, so lässt sich bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen sehr wohl denken, dass der Anspruch dem einen gegenüber bereits verjährt ist in einem Augenblicke, wo die Frist in Bezug auf den anderen erst zu laufen beginnt. Dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn der Verletzte nachträglich erfährt, dass der ihm bereits bekannte selbständig verantwortliche Urheber des Schadens als Hausgenosse unter der Aufsicht eines Familienhauptes steht. Wir haben alsdann mehrere von

[22]) Schon Gröner S. 18 f. schließt aus der neuen verschärften Fassung auf die größere Möglichkeit einer Konkurrenz des Billigkeitsanspruchs mit anderen Haftungen.

[23]) Entsprechend BG. 26 (2), 326 ff.

einander durchaus verschiedene Verjährungsfristen. — Ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Person des Ersatzpflichtigen läuft die ausserordentliche Verjährungsfrist (zehn Jahre) vom Tage der „schädigenden Handlung" an. Dieser Zeitpunkt wird gegeben entweder durch den deliktischen Akt des Aufsichtsbedürftigen oder durch das nachzuweisende schuldhafte Verhalten des Familienhauptes. Für unsere objektive Haftung aus Art. 333, Abs. I ZGB ist einzig massgebend ersterer Ausgangspunkt, der Moment der schädigenden Handlung des Hausgenossen.[24])

[24]) Art. 60, Abs. II OR., kommt für den Anspruch gegenüber dem Aufsichtspflichtigen nur in Frage, wenn letzterer persönlich strafrechtlich verantwortlich ist; denn die Klage gegen ihn wird, wie BG. 22, 492 richtig hervorhebt, nicht schon deshalb „aus einer strafbaren Handlung hergeleitet", weil er zu dem Urheber oder Teilnehmer in einem besonderen — zivilrechtlichen — Verhältnis steht. — Für die objektive Haftung nach Art. 333, Abs. I ist er überhaupt unpraktisch.

Schlußwort.

Art. 333 des schweizerischen ZGB. verglichen mit § 832 des deutschen BGB.

Rechtsvergleichend wird es uns am ehesten möglich sein, zu prüfen, inwiefern sich unsere einheimische Rechtsnorm in ihrer hier vorgeschlagenen Auslegung für die heutigen Verhältnisse als brauchbar erweist. An Hand einer Parallele mit der entsprechenden Bestimmung im geltenden deutschen Recht suchen wir daher, ein zusammenfassendes, wenn auch nur unmaßgebliches Urteil zu fällen über die wesentlichen Grundzüge der schweizerischen Haftungsvorschrift. [1])

Die eigentümliche Stellung vorliegender Verantwortlichkeit im Schweizer-Gesetz, sowie der für moderne Kodifikationen originelle Abschnitt der Hausgewalt bringen es mit sich, daß Art. 333 ZGB. im allgemeinen ein ausgedehnteres Anwendungsgebiet haben wird, als dies für § 832 BGB der Fall ist, wo einzig die schuldrechtlichen Wirkungen des Aufsichtsverhältnisses geordnet sind.

Absatz II u. III des schweizerischen Artikels finden sich im deutschen Recht nicht. Sie tragen mehr ein prophylaktisch-organisatorisches Gegräge und äußern sich in ihrer prävenierenden Funktion ganz hervorragend zu Gunsten des Schutzbefohlenen selbst. In diesem ihrem Umfange erscheinen sie uns gewiß ebenso zweckmäßig wie innerlich begründet; soweit sie darüber hinaus auch die Interessen Dritter berücksichtigen, enthalten sie angesichts der in Art. 333, Abs. I ZGB. geforderten Sorgfalt nichts Neues und bilden wohl mehr einen Appell an den kantonalen Gesetzgeber, in dieser Richtung endlich verwaltungsrechtlich tätig zu werden. [2])

Haftpflichtig ist nach § 832, Abs. I u. II BGB. einerseits derjenige, welcher kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über gewisse derselben bedürftige Personen verpflichtet ist, andererseits derjenige, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernommen

[1]) Von einer detaillierten Darlegung des deutschen Rechts darf an dieser Stelle umso eher Umgang genommen werden, als dort über die vorwürfige Frage eine reiche Literatur existiert (vgl. im allgemeinen die benutzten Werke in der Uebersicht).

[2]) Soweit wir das kantonale Recht übersehen können, ist der bisherige Zustand diesbezüglich ein durchaus unhaltbarer. Verhältnismäßig modern sind die gesetzgeberischen Ansätze in der Westschweiz.

hat.[3]) Wir sehen, im Gegensatz zu unserm Recht, wo immer noch die rein tatsächliche Beziehung zur häuslichen Gemeinschaft nachwirkt, stellt das deutsche ausschließlich auf die rechtliche Grundlage des betreffenden Verhältnisses ab. Es braucht kaum besonders erwähnt zu werden, daß unter diesen gesetzlichen Aufsichtspflichten nicht nur die im BGB. selbst, sondern ebenso die in anderen Reichs- oder Landesgesetzen statuierten Fälle zu verstehen sind. Nur muß auch hier zur Begründung einer besonderen Verantwortlichkeit verlangt werden, daß diese Normen mindestens den Zweck mitverfolgen, schädigende Eingriffe der Untergebenen Dritten gegenüber zu verhüten.[4]) Steht dies aber einmal fest, so ist mit der Aufsicht auch ohne weiteres die grundsätzliche Verantwortlichkeit nach § 832 BGB. gegeben. Der gesetzlichen Aufsichtspflicht steht gleich die vertragliche, welche nach dem Wortlaute, wie nach der Entwicklung des Gesetzes sowohl durch Delegation vom primär Verpflichteten auf eine neue Aufsichtsperson als durch Vertrag zwischen beliebigen Dritten begründet werden kann.[5]) Mit dieser kontraktlichen Uebernahme ist wiederum die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 832 gesetzt. — Die Abgrenzung der aufsichtspflichtigen Personen ist somit nach deutschem Recht gegenüber dem unsrigen insofern eine weitere, als jeder, der kraft Gesetzes oder Vereinbarung zur besagten Aufsichtsführung verpflichtet ist, ohne Rücksicht auf seine Stellung im „gemeinsamen Haushalte“ eo ipso verantwortlich wird; sie ist aber erheblich enger deshalb, weil bekanntlich nach ZGB. zur Bestellung eines haftpflichtigen Familienhauptes ein besonderer Aufsichtsübernahmevertrag keineswegs erforderlich ist.

Noch enger zieht sich der Kreis der Beteiligten, wenn wir im folgenden diejenigen Personen kurz betrachten, für welche gehaftet wird, d. h. diejenigen, „die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedürfen.“ Es sind damit solche Personen gemeint, welche zufolge ihres jugendlichen Alters oder ihrer ungewöhnlichen Veranlagung in erster Linie für ihre Umgebung, dann aber auch für sich selbst eine das Durchschnittsmaß übersteigende Gefahr befürchten lassen. Einen so dehnbaren Begriff, wie wir ihn im „Hausgenossen“ auf Grund von Art. 331, Abs. II ZGB. (ob. § 7 III) kennengelernt haben, finden wir hier nicht mehr.

[3]) Außer der gesetzlichen Aufsichtspflicht der Eltern, des Vormundes, Pflegers, Lehrers etc. können danach in Betracht kommen als vertragliche diejenige des Krankenwärters, des Kindermädchens, der Gouvernante u. a.; eine gesetzliche Aufsichtspflicht über das Gesinde wird dagegen, wenigstens reichsrechtlich, nirgends statuiert.

[4]) Crome — BGB., Bd. II, S. 1052; Goldmann-Lilienthal, Bd. I, S. 904. Diese Ansicht wird ferner gestützt durch die Protokolle und Motive zum BGB.-Entwurf.

[5]) RG.-Räte-Komm. § 832, Anm. 9; ebenso Feder S. 116 f., Jerusalem S. 34.

Ebenso sehr befriedigt uns aber die Art und Weise der Abgrenzung im einzelnen. Denn außer den Minderjährigen, die stets als aufsichtsbedürftig gelten,[6]) werden kurz solche Personen genannt, welche wegen ihres defekten geistigen oder körperlichen Zustandes eine sorgfältigere Ueberwachung notwendig machen. Der Kreis der Aufsichtsbedürftigen — für sich betrachtet — würde sich also nicht, wie dies im ZGB. leider angeordnet ist, nach dem formalen Akte der Entmündigung, sondern durch freie Beurteilung des einzelnen Falles bestimmen lassen. — Umso größer ist die Enttäuschung, wenn wir auf die Definition des Haftpflichtigen zurückblicken und erkennen, daß diese viel zu eingeschränkte Begriffsbestimmung die scheinbar so glückliche Umschreibung des Aufsichtsbedürftigen paralysiert; denn nur unter der Voraussetzung, daß ein anderer zur Führung der Aufsicht über die soeben behandelten Personen kraft Gesetzes oder Vertrages verpflichtet ist, wird ja für sie gehaftet.

Wie sehr müssen wir es daher als einen Mangel empfinden, wenn z. B. der Vater für seinen zu Hause wohnenden majorennen geisteskranken Sohn nach § 832 BGB. frei ausgeht, während wir es umgekehrt nicht einmal für nötig erachteten, daß ganz allgemein jeder Vertragspflichtige der gesteigerten Haftung unterliege, lediglich deshalb, weil er von irgend einem Dritten eine Aufsichtspflicht übernommen hat (so z. B. das Kindermädchen, welches der nicht-haftpflichtige Vater gedungen hat). Nicht durch jeden Vertrag werden eben nach unserer Anschauung diejenigen Bedingungen geschaffen, welche in Bezug auf den Uebernehmenden eine derart verschärfte Verantwortlichkeit rechtfertigen; aber auch nicht nur der Vertrag kann — abgesehen von vereinzelten gesetzlichen Spezialvorschriften — solche Aufsichtsverhältnisse erzeugen. Erst durch einen vom Vertragsinhalt unabhängigen Begriff können die hier auf dem Spiele stehenden Drittinteressen ihre gebührende Berücksichtigung finden. Letzteres aber ist geschehen durch unseren modernen Begriff des „Familienhauptes", wie er in Art. 333 ZGB. Aufnahme gefunden hat. Und wenn der Schöpfer des Schweizer-Gesetzes stets mit besonderem Nachdruck hervorhob,[7]) daß durch eine zusammenfassende Regelung der Hausgewalt die ganze Beziehung, die in der häuslichen Gemeinschaft gegeben sei, weit eher zur Ordnung und Vertiefung gebracht werden könne, als dies bei einer bloß gelegentlichen Behandlung in andern Instituten der Fall wäre, so bildet sicher diese Umschreibung des verantwortlichen Aufsichtspflichtigen einen neuen Beweis für die Richtigkeit seiner Behauptung. Aus diesen Gründen geben wir hinsichtlich der Bezeichnung des

[6]) RG. 52, 73: . . . „Aufsichtsrecht und Aufsichtspflicht über den Minderjährigen bestehen wegen seines Zustandes, weil er eben minderjährig ist".

[7]) Nat.-R., Bd. 15, S. 851 f. (Huber).

haftpflichtigen Subjektes unserer einheimischen Ordnung der deutschen gegenüber den Vorzug, während wir andererseits nochmals betonen, daß uns für die Bestimmung des Aufsichtsbedürftigen eine derjenigen in § 832 BGB entsprechende Fassung auch für Art. 333 ZGB. weitaus besser gefallen hätte. [8])

Was die übrigen Voraussetzungen betrifft, welche der Kläger — abgesehen von der abstrakten Aufsichtspflicht — zu beweisen hat, so genügt es für unsern Zweck, darauf hinzuweisen, daß der durch den Aufsichtsbedürftigen angerichtete Schaden einem Dritten widerrechtlich zugefügt sein muß. Daraus, daß das deutsche Gesetz dies ausdrücklich sagt, folgt einmal ohne weiteres, daß Selbstbeschädigungen des Aufsichtsbedürftigen nicht unter diese Rubrik fallen [9]), sodann aber im ferneren durch einen Vergleich von § 832 BGB. mit eodem § 823 (im letzteren § wird neben der Widerrechtlichkeit noch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verlangt), daß die objektive Widerrechtlichkeit genügt, ein Verschulden des Täters also auch hier nicht erforderlich ist [10]). Durch eine ähnliche Ausdrucksweise im schweizerischen Recht hätte wohl in dieser Richtung mancher Zweifel behoben werden können. — Hier wie dort anerkennen wir diese Ausserachtlassung des subjektiven Deliktsmomentes auf Seiten des Täters voll und ganz. Wer trotz prinzipieller Gutheißung der Verantwortung in dieser Hinsicht noch den gegenteiligen Standpunkt einnimmt, verkennt den Zweck unseres Rechtsinstitutes; bildete doch dieses regelmäßig vorhandene Nichtverschulden ebenfalls einen der Billigkeitsgründe, weshalb der Gesetzgeber gerade für die betreffenden Personen eine Haftung Dritter eintreten ließ.

Ein Nachweis des Verschuldens gegenüber dem beklagten Aufsichtspflichtigen wird dem Kläger nach § 832 BGB. ebenso wenig auferlegt, wie nach Art. 333 ZGB. Dagegen erhebt sich auch für das deutsche Recht die praktisch wichtige Frage nach der rechtlichen Bedeutung des Entlastungsbeweises. Denn dort tritt die Ersatzpflicht des verantwortlichen Aufsichtspflichtigen nicht ein, „wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde". Die Beobachtung einer bestimmt vorgeschriebenen Sorgfalt in der Beaufsichtigung, wie sie das ZGB. gleichsam als Selbstzweck zur Befreiung des Beklagten verlangt, wird nach BGB. nur indirekt gefordert als Mittel zum Zwecke der Erfüllung der Aufsichtspflicht. Es ist dies wiederum die natürliche Folge des hier stärker als bei uns entwickelten Gedankens, daß nur der durch

---

[8]) Vgl. ob. S. 35.

[9]) So u. a. Oertmann Komm. § 832, Anm. 2, Abs. II, Enneccerus Bd. I, Abtl. 2, S. 658; ähnlich Feder S. 117.

[10]) Für das deutsche BGB. darf dieser Satz heute als unbestritten hingestellt werden. Oertmann Komm. § 832, Anm. 2, Abs. I.

positive Gesetzes- oder Vertragsbestimmung Verpflichtete haftbar werden könne. Das schweizerische Recht betrachtet diese Aufsichtspflicht i. e. S., welche dem Familienhaupt, dem Inhaber der Hausgewalt für gewisse Personen als selbstverständlich zugemutet wird, höchstens als einen Rechtfertigungsgrund für seine außerordentliche Verantwortlichkeit, das deutsche Recht aber macht sie zugleich zum Inhalt des Entlastungsbeweises. Die Verletzung der Aufsichtspflicht als einer Rechtspflicht wird hier zum obligationserzeugenden Factum, d. h. der Beweis der erfüllten Aufsichtspflicht muß dem des Nichtverschuldens gleichgeachtet werden. Diese der in Deutschland von Wissenschaft und Rechtssprechung sozusagen ausnahmslos akzeptierten Theorie der Culpa-Präsumtion [11]) entsprechende Auffassung wird außerdem bestätigt durch die Entstehungsgeschichte von § 832 BGB. [12]) Trotzdem einzelne Argumente, auf welche wir unsere Kausalhaftung in Art. 333 ZGB. stützen, auch hier noch lange nicht vollständig beseitigt sind (denken wir nur an den fortdauernden Beweisnotstand des Beklagten!), so werden diese doch zum mindesten verdrängt durch die eben angeführten unbestreitbar überzeugenderen Gegengründe und es hieße dem geltenden deutschen Gesetze tatsächlich Gewalt antun, wollte man heute in § 832 BGB. ein Abgehen vom Schuldprinzip erblicken. — Auf die wichtigsten Konsequenzen, welche mit der Annahme einer Culpa-Präsumtion untrennbar verknüpft sind, haben wir früher bereits an passender Stelle hingewiesen, so daß sich hier eine wiederholende Darstellung derselben erübrigt. [13]) Dasselbe gilt hinsichtlich der Würdigung des Entlastungsbeweises, d. h. der allgemeinen Anforderungen, welche an den Verantwortlichen zu stellen sind, handle es sich nun um die objektive Aufsichtspflicht als Ausdruck unseres Exzeptionsbeweises im ZGB. oder aber um die wirkliche subjektive Aufsichtspflicht als haftungsbegründendes, bezw. exkulpierendes Moment im BGB. (vgl. ob. § 7 IV). — Daß sodann die zweite Hälfte des Exkulpationsbeweises in § 832 BGB., der ausdrückliche Vorbehalt des fehlenden Kausalzusammenhanges zumal vom Standpunkte einer

---

[11]) Keiner der uns bisher begegneten deutschen Schriftsteller hat sich direkt gegen obige Auslegung gewandt, so oft auch Versuche gemacht wurden, in § 832 eine Modifikation der Verschuldenshaftung zu konstruieren; dies in begreiflichem Gegensatz zur schweizerischen Literatur.

[12]) Hierüber namentlich Jerusalem S. 15 ff. und 40 ff. — Der erste Entwurf blieb zunächst sogar hinter dem franz. Code civil zurück, indem er nach gemeinrechtlichen Grundsätzen vom Kläger den Verschuldensbeweis forderte; erst später entschloß man sich „aus Zweckmäßigkeitsgründen" wenigstens für eine umgekehrte Verteilung der Beweislast.

[13]) Die Gestaltung der Haftung bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen und der dabei möglichen Regreßverhältnisse wird in § 840, Abs. I und II BGB. erschöpfend geordnet; anläßlich der internen Ausgleichung soll nicht auf das richterliche Ermessen abgestellt werden.

Verschuldensvermutung aus als überflüssig und verwirrend erscheint, ist ebenfalls im Verlaufe der Abhandlung (ob. § 7 V) genügend hervorgehoben worden.

Das deutsche BGB. ist zur Zeit, wie gesagt, noch zu sehr mit der gemeinrechtlichen Lehre verwachsen, als daß auf Grund des bestehenden § 832 eine weitergehende Verantwortlichkeit begründet werden könnte. Die Rechtsanwendung ist vielmehr de lege lata wohl oder übel gezwungen, darin eine Haftung des Aufsichtspflichtigen für eigenes Verschulden zu suchen, sofern sie sich nicht mit Sinn und Geist des Gesetzes in Widerspruch setzen will. — Ob aber der Gesetzgeber damit wirklich die richtige Lösung gefunden hat, ist eine andere Frage, die wir nach der vorangegangenen Untersuchung kaum bejahen können. Nicht nur ist die Aufgabe, welche die Haftungsvorschrift zu erfüllen hat, im deutschen Recht dieselbe, wie im unsrigen, indem die gleichen Gründe, dieselben Verkehrsbedürfnisse und Rechtsanschauungen hier wie dort für eine veränderte Haftungsgrundlage sprechen, sondern es werden auch in der deutschen Doktrin immer und immer wieder Stimmen laut, die hinter der präsumierten Culpa andere haftungbegründende Faktoren zu entdecken glauben. — [14]) Mußten wir s. Zt. im französischen Recht die schrankenlose Ausdehnung der Schuldpräsumtion als willkürlich ablehnen, [15]) so fühlen wir uns heute umgekehrt zu sehr beengt, wenn das deutsche BGB. gerade dank seiner peinlich korrekten Durchführung des Verschuldensgedankens jede Möglichkeit einer weiteren Haftungsinterpretation zugunsten einer gerechteren Schadensausgleichung abschneidet.

Auf einem anderen, fruchtbareren Boden steht demgegenüber das Schweizer-Gesetz mit seiner von uns als Billigkeitshaftung bezeichneten Verantwortlichkeit. Denn sowohl durch das revidierte OR. als auch durch das ZGB., welche beide in erster Linie mehr als je Billigkeitsrecht sein wollen, ist diese schon

[14]) Oertmann S. 92 sieht in der Bestimmung formell zwar eine Anlehnung an das Verschuldensprinzip, materiell aber eine Ersatzpflicht ohne Verschulden; letztere heißt er gut. Sogar Feder vermutet hinter § 831 BGB. ein „anderes Prinzip" (a. a. O. S. 91). De lege ferenda postuliert er S 111 eine Ausdehnung der Haftpflicht der Eltern in der Weise, daß die unschuldigen Aufsichtspflichtigen wenigstens nach § 829 BGB. haften sollten (heute ist dies mangels eines ausdrücklichen Vorbehalts in § 829 ganz ausgeschlossen!). Am weitesten geht vielleicht Pfeiffer: Die außerkontraktliche Haftung für Handlungen dritter Personen (Diss. Erlangen 1900) S. 72, wenn er zum Schlusse kommt, das Verschuldensprinzip sei durchbrochen, „eine Inkonsequenz der juristischen Konstruktion, die diktiert sei durch Gründe der Billigkeit und Zweckmäßigkeit und durch die Anschauungen des Volkes, das namentlich im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern die ersteren für die von den letzteren verübten Schädigungen als solidarisch betrachte". Aehnliche Erwägungen tauchen in der Literatur fortwährend auf.

[15]) Oben S. 15 f.

früher unter der Herrschaft des alten OR. vertretene Auffassung der rechtlichen Natur endgültig bestätigt worden. Der moderne eidgenössische Gesetzgeber hat uns eine neue Perspektive eröffnet und verhilft einer objektiven Haftung gegebenenfalls da zum Durchbruch, wo sich diese neben dem allmächtigen Schuldprinzip nur mit Mühe zu behaupten vermöchte. — Auf dieser Basis ist die Haftung des Aufsichtspflichtigen in eine neue Entwicklungsphase eingetreten und darf dergestalt als ein weiteres natürliches Glied in der Geschichte unseres Rechtsinstitutes betrachtet werden. Art. 333 ZGB. stellt eine u. E. überaus zweckmäßige Vereinigung der rohen Verursachungshaftung mit dem aus germanischer Zeit stammenden Gedanken der Aufsichtspflicht dar, indem er einerseits formale juristische Bedenken wertvolleren praktischen Erwägungen gegenüber in den Hintergrund drängt und damit grundsätzlich zur Kausalhaftung zurückkehrt, andererseits durch eine angemessene Exzeptionsmöglichkeit die Stellung des Beklagten nicht zu sehr erschwert. Diese prinzipielle Lösung im Schweizer-Gesetz ist nichts anderes als der Ausfluß des modernen sozialen Rechtsbewußtseins und entspricht den Anforderungen unserer wirtschaftlich und kulturell vorgeschrittenen Zeit ebensosehr, wie dies ehemals für die absolute Herrschaftshaftung in der Urzeit der Fall war. De lege ferenda wird man sich vielleicht sogar von neuem zu fragen haben, ob nicht für einzelne ähnliche Verhältnisse (z. B. die außerkontraktliche Haftung des Geschäftsherrn für seine Untergebenen), wo zur Zeit noch eine der vorliegenden analoge Verantwortlichkeit besteht, durch Ausschluß jedes Entlastungsvorbehaltes neuerdings auf die reine Kausalhaftung zurückzugreifen sei. Damit hätten wir dann auch hier die der Wissenschaft keineswegs fremde, nichtsdestoweniger aber interessante Erscheinung, daß Ausgang und Abschluß des historisch Gewordenen in sich selbst wieder zusammenfließen.

Buchdruckerei Joh. Fehlmann, Zofingen 1916.